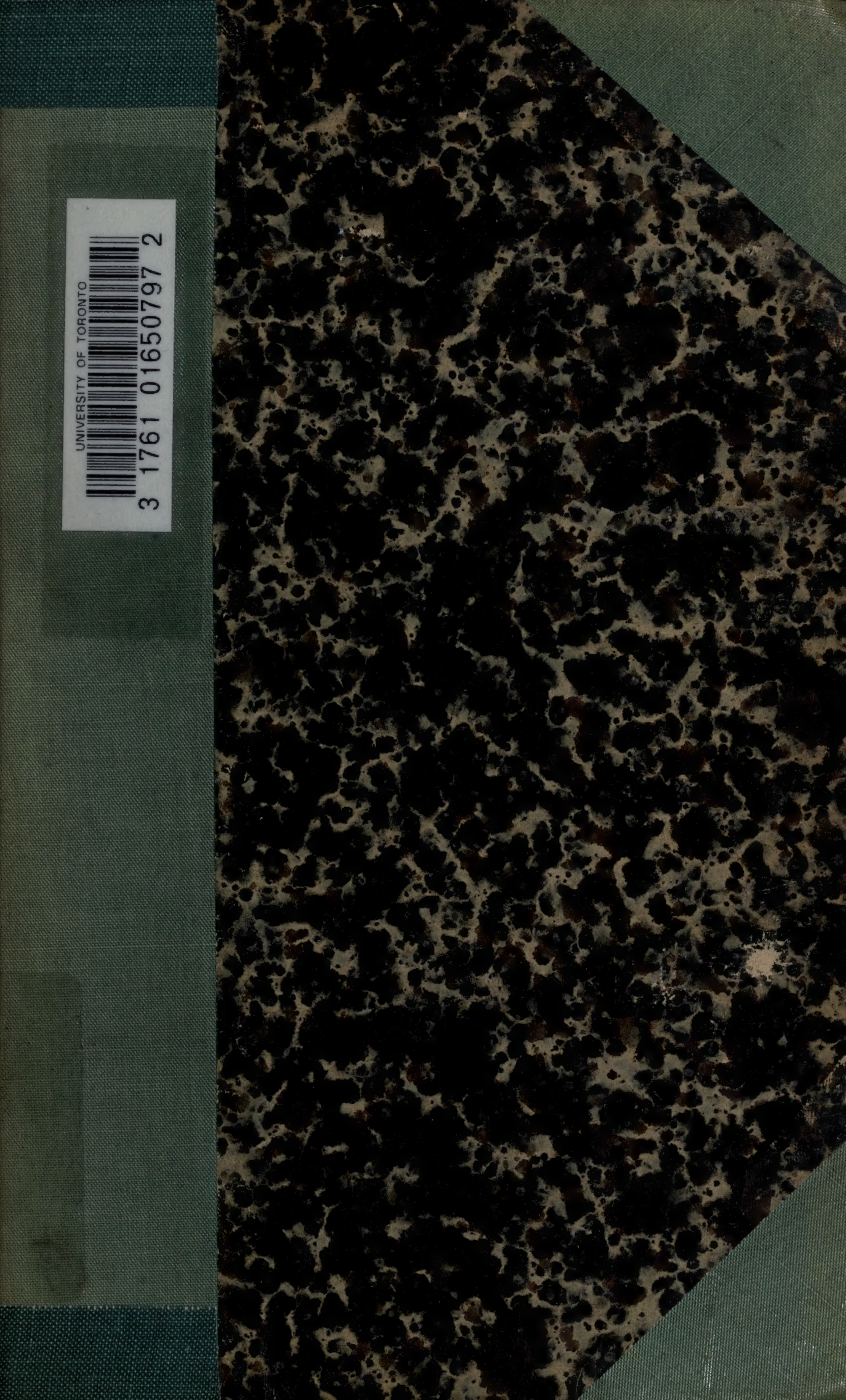
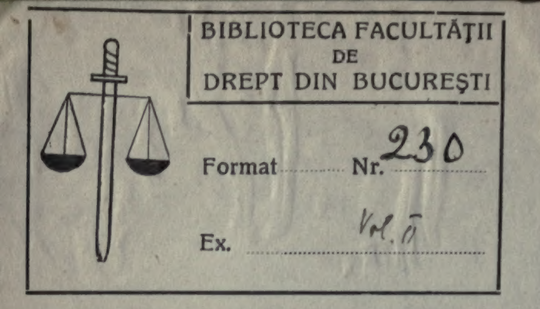

UNIVERSITY OF TORONTO
3 1761 01650797 2



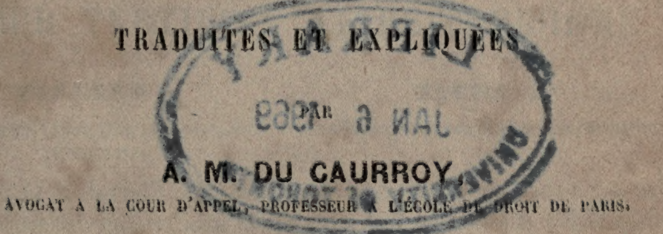
INSTITUTES DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

Paris. — Imprimerie de L. Martinet, rue Mignon, 2.

INSTITUTES
DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES



PAR

A. M. DU CAURROY,
AVOCAT A LA COUR D'APPEL, PROFESSEUR A L'ÉCOLE DE DROIT DE PARIS.

TOME SECOND

CONTENANT LES DEUX DERNIERS LIVRES.

HUITIÈME ÉDITION

Revue et corrigée.

PARIS

GUSTAVE THOREL, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
PLACE DU PANTHÉON, 4, PRÈS DE L'ÉCOLE DE DROIT.

1851

INSTITUTES DE JUSTINIEN

TRADUITES ET EXPLIQUÉES.

LIBER TERTIUS.

TITULUS I.

DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod feceratruptumirritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

1. Intestatorum autem hereditates ex lege Duodecim Tabularum primum ad suos heredes pertinent.

2. Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerint : veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote ex filio nato prognatus prognatave; nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi.

* Quibus connumerari necesse est
* etiam eos qui ex legitimis quidem
* matrimoniis non sunt progeniti,
* curiis tamen civitatum dati secun-
* dum divalium constitutionum quæ
* super his positæ sunt tenorem,

LIVRE TROISIÈME.

TITRE I.

DES HÉRÉDITÉS QUI SE DÉFÈRENT AB INTESTAT.

Décède intestat celui qui n'a fait aucun testament, celui qui a fait un testament illégal, celui dont le testament a été rompu ou annulé, ou n'a procuré aucun héritier.

1. L'hérédité des intestats, d'après la loi des Douze Tables, appartient d'abord aux héritiers siens.

2. Sont héritiers siens, comme nous l'avons dit plus haut, les personnes qui étaient sous la puissance du mourant, comme son fils, sa fille, le fils et la fille de son fils, les arrière-petits-fils et petites-filles nés du fils de son fils, sans distinguer s'ils sont enfants naturels ou adoptifs.

Il faut aussi ranger dans ce nombre les enfants qui, n'étant point issus de mariages légitimes, ont été donnés aux curies de leurs cités, et conformément aux constitutions impériales rendues à cet égard, ont acquis les droits d'héri-

tiers siens. Il en est de même des personnes comprises dans les constitutions par lesquelles nous avons prévu le cas où un homme aurait vécu avec une femme sans lui porter alors une affection maritale, quoiqu'elle fût du nombre de celles qu'il aurait pu épouser. S'il en a eu des enfants, et si dans la suite prenant, à l'égard de la mère, les sentiments d'époux, il a fait avec elle un acte nuptial, puis a encore eu des fils ou des filles, il aura sous sa puissance comme enfants légitimes, non seulement ceux qui sont nés depuis la constitution de dot, mais encore les aînés qui ont fourni aux puînés l'occasion de naître légitimes. Nous avons décidé qu'il en serait de même, soit que le père n'ait eu aucun enfant depuis la confection de l'acte dotal, soit qu'il ait perdu les enfants qui lui seraient nés.

* heredum suorum jura nanciscuntur *; nec non eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, et filios vel filias habuerit, non solum eos liberos qui post dotem editi sunt justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores qui et iis qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, et si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti.

Toutefois les petits-fils, petites-filles, arrière-petits-fils ou petites-filles ne sont au nombre des héritiers siens, que dans le cas où la personne qui les précédait ne se trouve plus sous la puissance du défunt, soit parce qu'elle est morte ou émancipée, soit par toute autre cause. En effet, si à l'époque du décès le défunt a eu son fils en sa puissance, le fils de ce dernier ne peut pas être héritier sien ; et la même observation s'applique également aux autres descendants. Les posthumes qui, en les supposant nés du vivant de leur père, se seraient trouvés sous sa puissance, sont pareillement héritiers siens.

Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, velut emancipatione ; nam si per id tempus quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

3. Les siens deviennent héritiers à leur insu, et la folie même ne les empêche pas de recueillir l'hérédité; car les fous peuvent

3. Sui autem heredes etiam ignorantes fiunt, et licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia quibus ex causis

ignorantibus nobis adquiritur, ex his causis et furiosis adquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.

4. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris : jus enim postliminii hoc facit.

5. Per contrarium evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit : suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.

6. Cum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit : æquum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione, et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve,

acquérir dans tous les cas où l'on acquiert à son insu. A la mort du père, la propriété ne fait, pour ainsi dire, que se continuer : aussi l'autorisation du tuteur n'est-elle pas nécessaire aux pupilles, puisque les héritiers siens acquièrent l'hérédité, même à leur insu. Un fou l'acquiert aussi, non par le consentement de son curateur, mais de plein droit.

4. Quelquefois les enfants qui n'étaient pas sous la puissance de leur père à l'époque de sa mort, deviennent cependant héritiers siens, par exemple lorsqu'un fils revient de chez les ennemis après la mort de son père. C'est le *postliminium* qui produit cet effet.

5. En sens inverse, un enfant peut avoir été dans la famille du défunt à l'époque de sa mort, et cependant ne pas devenir héritier sien. Tel est le cas où le père étant, après sa mort, jugé coupable de haute trahison, sa mémoire serait condamnée. Il ne peut avoir aucun héritier sien, puisque c'est le fisc qui lui succède; ou, pour mieux dire, il a eu, d'après le droit civil, un héritier sien qui cesse de l'être.

6. Lorsqu'il existe un fils ou une fille, et l'enfant d'un autre fils, ils sont tous appelés à l'hérédité de l'aïeul, sans que le plus proche exclue le plus éloigné : il paraît juste, en effet, que les petits-fils ou petites-filles prennent la place de leur père. Par la même raison, s'il existe des enfants nés d'un fils et des arrière-petits-enfants nés d'un petit-fils, ils sont appelés

concurremment; et puisqu'on admettait les petits ou arrière-petits-enfants à prendre la place de leur père, on a cru devoir diviser l'hérédité, non par têtes, mais par souches. Ainsi le fils aura une moitié de l'hérédité et les enfants de l'autre fils, quel que soit leur nombre, l'autre moitié. Pareillement, si deux fils avaient laissé, le premier, par exemple, un ou deux enfants, et le second trois ou quatre, l'enfant ou les enfants du premier auraient une moitié, et les trois ou quatre enfants du second l'autre moitié.

simul vocantur; et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes et proneptes in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si ex duobus filiis nepotes neptesve extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

7. Pour décider si quelqu'un peut se trouver héritier sien, il faut examiner l'époque où l'on acquiert la certitude que le défunt est intestat, certitude que donne aussi l'abandon du testament. D'après ce, si l'on suppose que le défunt a déshérité son fils et institué un étranger, que le fils meurt, et qu'ensuite on acquiert la certitude que l'institué ne sera point héritier testamentaire, soit qu'il ne veuille pas, soit qu'il ne puisse pas l'être, l'aïeul aura pour héritier sien son petit-fils, parce qu'à l'époque où il devient certain que le père de famille est décédé intestat, le petit-fils se trouve seul: cela est certain.

7. Cum autem quæritur an quis suus heres existere possit, eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse; quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos; et hoc certum est.

8. Et quoique né après la mort de son aïeul, le petit-fils conçu du vivant de ce dernier n'en devient pas moins héritier sien, lorsque son père meurt, et qu'ensuite le testament de l'aïeul se trouve

8. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus

fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres non existit; quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic nec ille est inter liberos avo, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sint quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

abandonné. Toutefois, si sa conception est, comme sa naissance, postérieure au décès de l'aïeul, le petit-fils, malgré la mort du père et l'abandon subséquent du testament de l'aïeul, ne deviendra point héritier sien, parce qu'aucun lien de parenté ne l'a jamais uni au père de son père. Ne serait point non plus compté parmi les enfants de l'aïeul, l'enfant adoptif d'un fils émancipé. Ces derniers n'ayant pas, relativement à l'hérédité, la qualité d'enfants, ne peuvent pas non plus demander la possession de biens, comme plus proches cognats. Voilà pour les héritiers siens.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem Duodecim Tabularum vocantur; sed prætor naturali æquitate motus dat eis bonorum possessionem UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent, sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est, solus suus heres est; sed cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat.

9. Les enfants émancipés n'ont, d'après le droit civil, aucun droit. En effet, n'étant plus sous la puissance de leur père, ils ne sont point héritiers siens, et la loi des Douze Tables ne les appelle à aucun autre titre; mais le préteur, guidé par l'équité naturelle, leur donne la possession de biens dite *unde liberi*, comme s'ils eussent été sous la puissance de leur père à l'époque de sa mort, soit qu'ils se trouvent seuls, soit qu'ils concourent avec des héritiers siens. Ainsi, lorsqu'il existe deux enfants, l'un émancipé, l'autre sous puissance à l'époque du décès, sans contredit ce dernier seul est héritier d'après le droit civil, c'est-à-dire, seul héritier sien; mais comme l'équité du préteur admet l'émancipé au partage, il arrive que l'héritier sien n'est héritier que pour partie.

10. Ceux qui, émancipés par leur père, se sont donnés en adoption, ne sont point admis comme enfants aux biens de leur père naturel, lorsqu'à l'époque de sa mort ils se trouvent dans la famille adoptive; mais si le père adoptif les émancipe du vivant du père naturel, on les admet aux biens de ce dernier, comme si après leur émancipation ils n'étaient jamais passés dans une famille adoptive. Aussi, relativement au père adoptif, sont-ils dès lors au rang des étrangers. Lorsque celui-ci les émancipe après la mort du père naturel, ils deviennent également étrangers au père adoptif, et cependant ils ne reprennent pas, relativement aux biens du père naturel, le titre d'enfants. On l'a ainsi décidé, parce qu'il aurait été injuste de laisser dépendre du père adoptif la question de savoir à qui, des enfants ou des agnats, appartiendront les biens du père naturel.

10. At hi qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo, cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint : nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent; et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc æque extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet; nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad adgnatos.

11. Ainsi, les enfants adoptifs ont moins de droit que les enfants naturels; car ces derniers, malgré leur émancipation, conservent, par le secours du préteur, le titre d'enfants que leur enlève le droit civil. Au contraire, les enfants adoptifs émancipés perdent, d'après le droit civil, la qualité d'enfants, sans obtenir aucun secours du préteur. Cette distinction est fondée : en effet, la loi civile ne peut effacer les droits de la nature, et en cessant d'être héritier sien,

11. Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales : namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdunt. Adoptivi vero emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et a prætore non adjuvantur, et recte; naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest, nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve aut nepotes

neptesve esse : adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

on ne peut cesser d'être fils, fille, petit-fils ou petite-fille. Quant aux enfants adoptifs, l'émancipation les rejette au rang des étrangers, parce que les droits et le titre de fils ou de fille que leur avait donnés l'adoption, leur sont enlevés par une autre conséquence du droit civil, c'est-à-dire par l'émancipation.

12. Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis neque, ut oportet exheredatis, prætor pollicetur : nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerint, et emancipatos, vocat prætor ad eam bonorum possessionem; eos vero qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit; quia desinunt numero liberorum esse.

12. Les mêmes distinctions sont pareillement observées dans la possession de biens que le préteur accorde, contre les dispositions du testament paternel, aux enfants qui ont été omis, en ce sens qu'ils n'ont été ni institués, ni régulièrement exhérédés. En effet, le préteur appelle à cette possession de biens, et les enfants qui se trouvaient sous la puissance de leur père au moment de sa mort, et les émancipés; mais il repousse ceux qui, au décès du père naturel, se trouvaient dans une famille adoptive. Pareillement, les enfants émancipés par le père adoptif, n'étant point admis ab intestat aux biens de ce dernier, le sont bien moins encore par la possession *contra tabulas*, car ils cessent de compter parmi ses enfants.

13. Admonendi tamen sumus, eos qui in adoptiva familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non

13. On saura cependant que les enfants restés dans une famille adoptive, ou émancipés par le père adoptif après la mort du père naturel décédé intestat, bien qu'ils ne se trouvent point appelés dans cette partie de l'édit qui accorde la possession de biens aux enfants, le sont dans une

autre partie, dans celle qui admet les cognats du défunt, et alors ils sont appelés à défaut soit d'héritier sien, soit d'enfant émancipé, et à défaut d'agnats; en effet, le préteur appelle d'abord les enfants héritiers siens ou émancipés, ensuite les héritiers légitimes, ensuite les plus proches cognats.

admittantur, alia tamen parte vocari, id est, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi neque emancipati obstent, neque adgnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos heredes quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

14. Toutes ces distinctions, adoptées par l'antiquité, ont été modifiées par la constitution que nous avons promulguée relativement aux enfants que le père naturel donne en adoption. En effet, il s'est trouvé des cas où les enfants perdaient, à cause de l'adoption, la succession de leurs pères naturels; tandis que l'adoption, trop facilement dissoute par l'émancipation, les laissait étrangers à la succession de l'un et de l'autre père. Corrigeant cet abus suivant notre usage, nous avons décidé par une constitution que le fils donné en adoption par le père naturel conservera l'intégrité de tous ses droits, comme s'il était demeuré sous la puissance du père naturel, et comme si l'adoption n'avait jamais eu lieu, si ce n'est qu'il pourra succéder ab intestat au père adoptif. Mais en cas de testament fait par celui-ci, l'adopté ne pourra, ni d'après le droit civil, ni d'après l'édit du préteur, rien obtenir soit en demandant la possession de biens *contra tabulas*, soit en formant la plainte de testament inofficieux. En effet, comme aucun lien naturel ne l'attache au testateur, il n'est pas nécessaire qu'il soit institué ou exhérédé, quoiqu'il ait été choisi parmi trois frères conformément au sénatus-consulte Sabinien; car, dans ce cas même, l'adopté ne conserve point la quarte, et n'a aucune action pour la réclamer. Notre constitution excepte l'enfant adopté par un as-

14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentium successionem propter adoptionem amittebant, et adoptione facile per emancipationem soluta ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili neque prætorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta: cum nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adop-

tatus : nam et in hujusmodi casu, neque quarta ei servatur, nec alia actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is quem parens naturalis adoptandum susceperit; utroque enim jure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias se dederit adrogandum; quæ specialiter et sigillatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

cendant naturel ; en effet, comme le droit naturel et le droit civil concourent ici en faveur de la même personne, nous conservons à cette adoption ses anciens effets, comme nous les conservons à l'adrogation d'un père de famille ; le tout ainsi qu'on peut le voir avec plus de détails par la teneur de la susdite constitution.

15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, et juri adgnatorum eos anteponebat; nepotes autem qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus, cognatorum loco numerans, post adgnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ successionem.

15. L'antiquité, favorisant les descendants par mâles, appelait à succéder comme siens, et par préférence aux agnats, les petits-enfants de la ligne masculine, tandis que les petits-enfants nés d'une fille et les arrière-petits-enfants nés d'une petite-fille, étaient rangés dans la classe des cognats, et ne succédaient qu'après les agnats soit à leurs aïeul et bisaïeul maternels, soit à leurs aïeule et bisaïeule paternelles ou maternelles.

* Divi autem principes non passi
* sunt talem contra naturam inju-
* riam sine competenti emendatione
* relinquere; sed cum nepotis et
* pronepotis nomen commune est
* utrisque qui tam ex masculis quam
* ex feminis descendunt, ideo eum-
* dem gradum et ordinem successio-
* nis ei donaverunt. Sed ut amplius
* aliquid sit eis qui non solum na-
* turæ sed etiam veteris juris suf-
* fragio muniuntur, portionem ne-
* potum vel neptum vel deinceps de
* quibus supra diximus, paulo mi-
* nuendam esse existimaverunt; ut
* minus tertiam partem acciperent,
* quam mater eorum vel avia fuerat

Les empereurs n'ont pas souffert qu'une pareille violation de l'équité naturelle restât sans une juste réforme ; et comme le titre de petits ou d'arrière-petits-enfants est commun aux descendants du fils et à ceux de la fille, on les a tous admis au même rang et dans le même ordre de succession. Mais pour conserver un avantage à ceux qui s'appuient tout à la fois sur le vœu de la nature et sur l'ancien droit, les princes ont cru devoir diminuer la portion des petits-enfants et autres descendants dont nous avons parlé plus haut, en leur donnant un tiers de moins que n'auraient eu leur mère ou leur aïeule, ou même leur père ou leur aïeul, soit paternel, soit maternel, quand

il s'agira de la succession d'une femme. Lorsqu'ils étaient seuls, il leur suffisait de faire adition pour exclure les agnats; et comme la loi des Douze Tables appelle les petits-enfants ou arrière-petits-enfants à prendre dans la succession de l'aïeul la place de leur père prédécédé, la législation impériale les appelle également à prendre, sous la déduction du tiers précédemment indiquée, la place de leur mère ou aïeule.

* acceptura, vel pater eorum vel
* avus paternus sive maternus,
* quando femina mortua sit cujus de
* hereditate agitur, iisque, licet soli
* sint, adeuntibus adgnatos minime
* vocabant. Et quemadmodum lex
* Duodecim Tabularum filio mortuo
* nepotes vel neptes, pronepotes vel
* pronepotes in locum patris sui ad
* successionem avi vocat, ita et
* principalis dispositio in locum
* matris suæ vel aviæ eos cum jam
* designata partis tertiæ deminutione
* vocat.

16. Quant à nous, comme il restait encore quelque doute sur le droit des petits-enfants dont nous avons parlé, et sur le droit des agnats qui, en vertu d'une constitution particulière, revendiquaient un quart de l'hérédité, nous avons rejeté cette constitution sans permettre qu'elle passât du Code Théodosien dans le nôtre. La constitution que nous avons nous-même promulguée déroge entièrement à la précédente, et décide que, lorsqu'il existera des petits ou arrière-petits-enfants nés d'une fille ou d'une petite-fille, et ainsi de suite, les agnats ne pourront prétendre aucune part de la succession; ainsi les collatéraux ne passeront pas avant les descendants. Nous ordonnons par ces présentes que notre susdite constitution sera exécutée suivant sa teneur, à compter de sa date; et comme, en cas de concours d'un fils avec les enfants d'un autre fils, l'hérédité se divisait non par têtes, mais par souches, nous voulons pareillement qu'elle se divise de la même manière, soit entre un fils et les enfants d'une fille, soit entre plusieurs descendants du même degré, tels que petits-fils, petites-filles ou autres descendants ultérieurs. Ainsi les enfants de chaque branche recueilleront, sans aucune diminution la part de leurs père ou mère, de leurs aïeul ou aïeule; en sorte que s'il se trouve, par exemple, un ou deux enfants dans une branche, et trois ou quatre dans l'autre, le premier ou les deux premiers

16. * Sed nos, cum adhuc du-
* bitatio manebat inter adgnatos et
* memoratos nepotes, quartam par-
* tem substantiæ defuncti adgnatis
* sibi vindicantibus, ex cujusdam
* constitutionis auctoritate *, memoratam quidem constitutionem a nostro codice segregavimus, neque inseri eam Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est, et sanximus: talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte et deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores iis habeantur qui jure recto descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora, et nunc sancimus: ita tamen ut, quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor al-

teram dimidiam hereditatis habeant.	auront une moitié de la succession, les trois ou quatre derniers l'autre moitié.

EXPLICATION.

PR.

808. Est intestat :

1° Le défunt qui n'a fait aucun testament, ou qui n'a fait qu'un testament irrégulier (*non jure factum*), et, par conséquent, nul (1).

2° Le défunt dont le testament, régulier dans l'origine, est devenu inutile, ou a été rompu de toute autre manière que par la confection d'un second testament. La rescision du testament inofficieux est aussi un des cas qui rendent le père de famille intestat (2).

Il en est de même : 3° lorsque nul ne veut ou ne peut se porter héritier en vertu du testament qui reste abandonné (3).

§ I.

809. Pour conserver les biens du défunt dans sa famille, la loi des Douze Tables appelle d'abord à l'hérédité les membres de la famille proprement dite, et, à leur défaut, les membres de la famille générale [100, 231].

De là, deux ordres d'héritiers ab intestat : 1° les héritiers siens ; 2° les agnats (*a*). La même division conservée, à quelques modifications près, dans le droit honoraire [820, 894], s'y trouve complétée par un troisième ordre purement prétorien,

(1) *Text. hic.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 6, § 1, *de inoff. test.* — (3) *Text. hic; Paul.* 4 *sent.* 8, § 1 ; *Ulp. fr.* 1, *de suis et legit.*

(*a*) *Paul.* 4 *sent.* 8, § 5. Au défaut des agnats, la loi des Douze Tables appelait en troisième ordre les gentils (*gentiles*) (*Paul. ibid.; Gaius*, 3 *inst.* 17 ; *Ulp.* 26 *reg.* 1), c'est-à-dire les membres d'une famille plus étendue encore que celle des agnats. Nous n'avons pas admis la définition que Gaïus avait donnée des *gentiles*, et je ne chercherai pas à y suppléer par des conjectures ; car le *jus gentilitium* était tombé dans une désuétude complète dès le temps de Gaïus, et ce jurisconsulte a jugé inutile de s'en occuper davantage (3 *inst.* 17).

qui admet, sans autre distinction que celle du degré, tous les parents du défunt [863].

Jusqu'à la novelle 118, les modifications qu'a subies cette partie de la législation n'ont rien changé à la division précédente. Les héritiers siens, les agnats, les cognats ont toujours formé trois ordres distincts; seulement les préteurs, le sénat et les princes ont successivement élevé, soit au rang d'héritiers siens, soit au rang d'agnats, des parents que le droit primitif laissait au nombre des cognats (1).

Pour l'intelligence de cette matière, je rattacherai à cette division en trois ordres la série des titres relatifs aux successions ab intestat. On s'occupe dans celui-ci des personnes qui succèdent en premier ordre. Ce sont : 1° les héritiers siens; 2° les personnes appelées par le préteur; 3° les personnes appelées par les constitutions.

I. DES HÉRITIERS SIENS.

§ II.

810. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit précédemment [666] sur les héritiers siens, ou plutôt sur les siens héritiers; car on est sien, *suus*, relativement à un père de famille, avant d'être et même sans être jamais héritier, par cela seul qu'on est sous sa puissance. Parmi les enfants siens, c'est-à-dire parmi les fils de famille, ceux qui se trouvent sous la puissance immédiate du défunt à l'époque de sa mort sont héritiers; les enfants du second degré, précédés par leur propre père dans la famille de l'aïeul, sont toujours siens pour ce dernier, mais ne sont pas héritiers.

811. Cette décision suppose que le décès de l'aïeul défère immédiatement l'hérédité légitime; mais en règle générale, l'hérédité ne s'ouvre ab intestat que lorsqu'il est devenu certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire (2). L'incertitude à cet égard cesse à l'instant même de la mort, lorsqu'il n'existe aucun testament valable, et alors les fils de famille qui se trouvent sous la puissance immédiate du défunt, sont héri-

(1) §§ 15 et 16, *h. t.*; § 3, *de legit. agnat. succ.*; *pr. de sc. tertyll.*; *pr.*, *de sc. orphit.*
(2) § 7, *h. t.*; § 6, *de legit. agnat. succ.*

tiers par cela seul qu'ils survivent à l'hérédité déférée [1]. Leur décès, quelque rapproché qu'on le suppose, ouvrirait une hérédité nouvelle, et, dans ce cas, les petits enfants deviendraient héritiers, non de leur aïeul prédécédé, mais de leur père [2]. Au contraire, lorsqu'on peut espérer un héritier testamentaire, cet espoir suspend l'ouverture de l'hérédité légitime, comme l'institution conditionnelle suspend l'ouverture de l'hérédité testamentaire [667], et si le fils décède dans l'intervalle, l'hérédité déférée après son décès arrive aux petits-enfants qui étaient retombés sous sa puissance, et que sa mort a rendus *sui juris* [812].

§ VII.

812. Pour appliquer ce principe, il faut supposer un testament par lequel un aïeul a déshérité son fils et institué un étranger. Après le décès du testateur et pendant que l'institué délibère, le fils meurt; puis l'institué répudie. Dès lors il est certain que l'aïeul n'aura pas d'héritier testamentaire, et l'hérédité est déférée ab intestat au petit-fils qui n'est plus précédé par personne. Il en serait de même si le fils institué sous une condition potestative [601] décédait après le testateur, mais avant d'avoir accompli la condition. Dans ce cas, comme dans le précédent, l'hérédité de l'aïeul serait déférée au petit-fils retombé sous la puissance de son père, et devenu *sui juris* par la mort de celui-ci. Ce petit-fils s'est trouvé sous la puissance de l'aïeul au décès de ce dernier; il était, par conséquent, *suus*. Plus tard, il devient héritier; il est donc AVO SUUS HERES [3].

§ VIII.

813. Les petits-enfants appartiennent à la famille de l'aïeul paternel dès leur conception [205]. Ils sont donc *sui* par cela même qu'ils ont été conçus du vivant de l'aïeul, lors même qu'ils ne naîtraient qu'après sa mort [4].

Quant aux petits-enfants conçus après le décès de l'aïeul, comme son existence a fini avant que la leur ait commencé, ils n'ont jamais été unis avec lui par aucun lien de parenté (*nullo*

(1) § 3, *h. t.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 30, *de suis et legit.* — (3) *Text. hic; Pomp. fr.* 7, *si tab. test. null.; Ulp. fr.* 1, § 8, *de suis et legit.* — (4) *Ulp. fr.* 1, § 8; *fr.* 3, § 9; *Cels. fr.* 7, *eod.*

jure cognationis tetigit) : leur qualité de descendants devient donc indifférente quant à l'hérédité (*non sunt, quantum ad hereditatem liberi*). Aussi ne succèdent-ils ni à l'aïeul, ni à aucun autre parent mort avant leur conception (1), c'est-à-dire plus de dix mois avant leur naissance (2); et à cet égard le droit prétorien ne leur est pas plus favorable, pour la possession de biens, que le droit civil pour l'hérédité (3).

814. Il en est de même des enfants qu'un fils émancipé adopte avant comme après la mort de son père (4); car la parenté civile qui résulte de l'adoption s'établit uniquement dans la famille de l'adoptant [181], et comme l'émancipé sort de la famille de son père, celui-ci est complétement étranger aux enfants adoptés même de son vivant par l'émancipé. Il n'est pas leur aïeul; ils ne sont pas ses petits-fils, *nec ille est inter liberos avo* (5).

§ IV.

815. Par exception aux règles précédentes, Justinien cite un héritier sien qui, à l'époque du décès, n'était pas sous la puissance du défunt. Il s'agit du prisonnier de guerre rentré après la mort de son père. Pendant sa captivité, il était de fait hors de puissance; mais l'exception disparaît, lorsqu'on se rappelle que le prisonnier rentré est censé n'avoir jamais été pris [193]. Il conserve donc tous ses droits, et les exerce sur l'hérédité paternelle par suite du *postliminium* (6).

Lorsque le père est prisonnier de guerre et meurt chez l'ennemi, la loi Cornelia suppose qu'il est mort à l'instant même où il a été pris, et cette fiction conserve la succession aux héritiers qu'il a institués [562] et même aux héritiers légitimes (7).

§ V.

816. En sens inverse, les fils de famille qui se trouvaient sous la puissance de leur père au moment de son décès, ne deviennent pas héritiers siens, ou plutôt ne le deviennent que pour déposer ensuite cette qualité (*desinere esse*), lorsque le père est condamné après sa mort comme coupable de haute

(1) *Text. hic; Julian. fr.* 6, *eod.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 11, *eod.* — (3) *Text. hic; Julian. fr.* 8, *de suis et legit.; Ulp. fr.* 1, § 8, *unde cognat.* — (4) *Text. hic.* V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 12. — (5) *Text. hic.* V. *Julian. fr.* 26, *de adopt.* — (6) *Paul.* 4 *sent.* 8, § 7; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de suis et legit.; Diocl. et Max. C.* 9, *de postlim. revers.* — (7) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, § 3, *de suis et legit.*

trahison, *perduellionis reus*. Dans ce cas particulier, et par exception à ce principe général que les poursuites criminelles sont éteintes par la mort du coupable ([1]), on condamne la mémoire du défunt, et l'effet de la sentence remonte à l'époque même où le crime a été commis ([2]). Cette fiction une fois admise, il en résulte que le coupable a immédiatement perdu la puissance paternelle. Ses enfants, considérés comme *sui juris* depuis la même époque, ne peuvent, lors de son décès, devenir héritiers d'un père qui ne laisse ni hérédité ni héritier, et n'a d'autres successeurs que le fisc (*cum fiscus ei succedat*).

§ VI.

817. Lorsqu'un fils sort de la famille paternelle, sa place est aussitôt remplie par ses propres enfants, qui ont alors sur l'hérédité de l'aïeul tous les droits de leur père ([3]).

De là, il résulte : 1° qu'un fils exclut ses propres enfants, sans jamais exclure ceux d'un autre fils ([4]) ; 2° que les petits ou arrière-petits-enfants ont entre eux la part qu'aurait eue celui dont ils prennent la place ([5]) : aussi distingue-t-on ici deux manières de succéder, ou plutôt de partager entre les enfants siens l'hérédité légitime. Elle se divise (*in capita*) par têtes ou portions viriles, c'est-à-dire en autant de parts égales qu'il y a d'héritiers, lorsque les enfants du premier degré succèdent seuls à leur père ; mais, au contraire, lorsque les descendants d'un degré inférieur occupent dans la famille la place que leur père a laissée vacante, l'hérédité se divise, sans égard au nombre des héritiers, comme si le fils représenté par ses enfants existait encore dans la famille ([6]). C'est le partage par souches (*non in capita sed in stirpes*), ainsi appelé parce que chaque fils est considéré comme formant souche, par rapport à ses descendants.

Remarquons que le partage se fait par souches entre les héritiers siens, lors même qu'il y a parité de degré entre les petits-enfants ([7]).

818. Les filles et petites-filles sont héritiers siens du père ou de l'aïeul qui les avait sous sa puissance, et à ce titre elles

([1]) *Ulp. fr.* 11, *ad. leg. jul. majest.* — ([2]) *Marcian. fr.* 15; *Pap. fr.* 31, § 4, *de donat.* — ([3]) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 7; *Ulp.* 26 *reg.* 2. — ([4]) § 2 *in fin.*, *h. t.*; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 8. — ([5]) *Ulp.* 26 *reg.* 2; *fr.* 1, § 4, *de suis et legit.* — ([6]) *Paul.* 4 *sent.* 8, § 9; *Ulp.* 26 *reg.* 2; *Gaius*, 3 *inst.* 8. — ([7]) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 8; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 9.

succèdent comme les descendants mâles ; mais leur place dans la famille paternelle n'est jamais remplie par leurs propres enfants, qui appartiennent nécessairement à une autre famille (1). Cependant nous les verrons bientôt admis par Théodose avec les héritiers siens [831].

§ III.

819. L'hérédité légitime est acquise aux siens comme l'hérédité testamentaire. Tout ce qu'on a dit précédemment [668] sur l'une s'explique et se complète par ce qui est dit ici sur l'autre, et réciproquement (2).

Tel est, sur les héritiers siens proprement dits, le système de la loi des Douze Tables renfermé dans les huit premiers paragraphes de ce titre.

II. DES PERSONNES APPELÉES EN PREMIER ORDRE PAR LE PRÉTEUR.

§ IX.

820. Les enfants sortis de la famille, ne se trouvant pas sous la puissance du mourant, ne sont ni siens ni héritiers d'après le droit civil (3). Il en est autrement dans la succession prétorienne. En admettant en premier ordre les enfants du défunt, le préteur appelle non-seulement ceux qui sont restés dans la famille, mais avec eux et sans distinction, les émancipés (4). Dans la succession testamentaire nous les avons vus [573] assimilés aux héritiers siens qu'on est obligé de déshériter ou instituer : ici, par suite du même principe, et lorsqu'il n'existe aucun testament (5), le préteur accorde la possession de biens UNDE LIBERI aux mêmes enfants qui, dans le cas contraire, faute d'avoir été exhérédés ou institués, obtiendraient la possession CONTRA TABULAS (6).

Le préteur, en admettant ainsi les émancipés, ne leur confère point le titre d'héritiers ; ce titre est réservé aux successeurs appelés par la loi civile [906], par exemple aux enfants qui sont restés fils de famille jusqu'au décès de leur père, mais en ré-

(1) *Gaius, fr.* 196, § 1, *de verb. sign.*; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 6. — (2) *Text. hic*; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 6. — (3) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 19. — (4) *Text. hic*; *Modest. fr.* 1, § 2, *quis ordo*. — (5) *Ulp. fr.* 3, *si tab. test. null.* — (6) *Ulp. fr.* 1, §§ 5 et 6, *eod.*

sultat ceux-ci ne succèdent réellement que pour partie (*pro parte*), parce qu'ils sont forcés de partager les biens paternels avec leurs frères ou sœurs émancipés quand le préteur accorde à ceux-ci la possession de biens *unde liberi*.

821. Cette possession de biens appartient en général à tous les enfants que le droit civil reconnaîtrait lui-même pour héritiers siens, si eux ou leur père n'étaient point sortis de la famille [572] par une CAPITIS DEMINUTIO que le droit honoraire regarde comme non avenue, et n'oppose à aucun descendant(1). Il peut arriver, par application de ce principe, que la possession de biens soit donnée à plusieurs descendants qui n'ont jamais été sous la puissance du défunt ; c'est ainsi que le préteur admet à la succession du fils émancipé ses propres enfants conçus avant l'émancipation, et à la succession de l'aïeul émancipateur les petits-enfants conçus après l'émancipation de leur père (*a*).

822. Ce qu'on dit ici de l'émancipation s'applique également à toute autre manière de dissoudre le lien de famille (2) ; car la moyenne et la grande CAPITIS DEMINUTIO ne nuisent qu'autant qu'elles privent du droit de cité : aussi ne sont-elles pas opposées à celui qui se trouve réintégré dans sa qualité de citoyen (3).

§ X.

823. Les enfants donnés en adoption ne différeraient point des enfants émancipés, si l'adopté, en sortant de sa famille naturelle, ne passait pas dans une famille étrangère. Le préteur qui, à la mort du père naturel, trouve l'adopté dans cette famille, ne peut pas le considérer comme appartenant en même temps à deux familles différentes : dans ce cas, l'adopté n'est appelé à la succession de son père naturel, ni par le droit civil, ni par le droit prétorien (*b*).

(1) *Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 6, *de b. p. contra tab.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 9 ; *Herm. fr.* 2, *eod.*

(*a*) *Paul. fr.* 6, *de b. p. contra tab.*; *Modest. fr.* 21, *eod.*; *Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.* Observez que les petits-enfants ne viennent jamais à la succession de l'aïeul qu'à défaut de leur père (*Pomp. d. fr.* 5, § 1; V. *Paul. fr.* 4, § 1, *de b. p. contra tab.*)

(*b*) Le préteur ne l'admet pas en premier ordre, par la possession de biens *unde liberi*, mais il lui accorde, en troisième ordre, la possession de biens *unde cognati*. Voyez le § 13 et son explication [867].

Ce n'est pas la *capitis deminutio* en elle-même qui empêche les adoptés de succéder au père naturel ; c'est la position qu'ils occupent dans une autre famille au décès de leur père (*si modo cum is moreretur in adoptiva familia fuerint*) ; aussi l'émancipé qui s'est donné en adrogation, comme le suppose notre texte, et ses enfants passés avec lui ou conçus postérieurement dans la famille de l'adoptant, ne diffèrent-ils point du fils de famille donné en adoption proprement dite : tous sont également écartés, soit de l'hérédité, soit des possessions de biens *contra tabulas* ou *unde liberi*, par cette seule raison qu'ils sont dans une famille étrangère : *hoc solum quœritur an in adoptiva familia sit* (*a*).

824. Pour succéder au père naturel, les enfants passés dans une famille adoptive doivent en sortir avant la mort de ce dernier ; car s'il suffisait d'en sortir à une époque quelconque, l'adoptant disposerait à son gré de la succession du père naturel : en effet, l'hérédité appartiendrait aux héritiers légitimes ; c'est-à-dire aux agnats du défunt, si l'adopté restait dans la famille adoptive ; mais, au contraire, son émancipation empêcherait les agnats de succéder, parce qu'alors le fils reprendrait ses droits à la possession de biens *unde liberi*. Pour que l'adoptant ne puisse pas ainsi disposer de la succession d'autrui, on a décidé que les enfants émancipés par le père adoptif ne succéderont point à leur père naturel si l'émancipation n'a pas précédé sa mort (*b*).

§ XI.

825. Quant au père adoptif, les adoptés ont, sur la suc-

(*a*) *Gaius, fr.* 9, *de b. p. contra tab.;* V. *text. hic; Ulp.* 23 *reg.* 3; *Paul. fr.* 6, § 4, *eod.* Les enfants de l'émancipé ne sont pas censés changer de famille, lorsqu'ils passent par adoption de la puissance du père émancipé dans celle de l'aïeul émancipateur, et *vice versâ*. En effet, le préteur, qui considère l'émancipation comme non avenue, doit considérer le père et l'aïeul paternels comme formant toujours une seule et même famille (*Ulp. fr.* 3, §§ 7 *et* 8 ; *Modest. fr.* 21, § 1, *eod.*)

(*b*) *Text. hic ; Paul. fr.* 6, § 4, *de b. p. contra tab.* Si l'on exige qu'ils soient émancipés, c'est pour qu'ils sortent, non seulement de la puissance, mais aussi de la famille de l'adoptant ; car les enfants peuvent devenir *sui juris* sans sortir de la famille ; c'est ce qui arrive par le décès du père [237]. Aussi la mort de l'adoptant ne rend-elle pas à l'adopté le droit de succéder à son père naturel : *utrum pater adoptivus vivit an defunctus est*, *nihil interest* (*Gaius, fr.* 9, *eod.*). La seule chose à examiner, c'est de savoir si l'adopté est encore dans la famille de l'adoptant, *an in familia sit*.

cession, les mêmes droits que les enfants naturels ; et le préteur lui-même ne met aucune différence entre eux, tant que l'adoption subsiste [1]. Après l'émancipation, le droit civil ne met encore aucune différence entre l'adopté et l'enfant naturel : l'un et l'autre cessent d'être siens, et n'ont plus aucun droit sur l'hérédité [2]. A la vérité, l'émancipé reste toujours fils du père naturel dont il a quitté la famille [3] ; mais il ne compte plus, sous aucun rapport, parmi les enfants de l'adoptant : *desinit in numero liberorum esse* [4]. Aussi le préteur lui refuse-t-il la possession de biens qu'il accorde aux enfants [5].

§§ XII et XIII.

826. Les possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi* sont deux voies tendant au même but, que le préteur ouvre aux mêmes personnes, d'après les mêmes règles [6], mais dans des circonstances opposées. La possession *contra tabulas* suppose l'existence d'un testament, dans lequel un enfant héritier sien, ou considéré comme tel d'après les règles ci-dessus, n'a été ni institué ni déshérité suivant les formes requises, *ut oportet* [7]; La possession de biens *unde liberi* se donne au contraire lorsqu'il n'existe aucun testament, et le testament n'existe, dans le sens du droit prétorien, qu'autant que les sept témoins y ont apposé leur cachet [8].

827. Dans l'une ou l'autre de ces possessions de biens, l'émancipation étant considérée comme non avenue, l'émancipé concourt avec les héritiers siens, leur enlève une partie des biens paternels, et par suite une partie des biens que ces mêmes héritiers siens ont acquis au père commun, tandis que ce dernier n'a point profité des acquisitions faites par les émancipés; il est donc juste que ceux-ci remettent dans la masse héréditaire les biens qu'ils auraient acquis au père commun, si l'émancipation n'avait pas eu lieu [9]. De là il suit que l'émancipé doit rapporter, pour être partagés avec les héritiers siens dont il diminue la portion [10], et qui concourent avec lui dans

(1) *Ulp. fr. 1, de b. p. contra tab.; fr. 1, § 6, si tab. test. null.* — (2) §§ 3 *et* 4, *de exher.* — (3) § 3, *de legit. agnat. succ.; Paul. fr. 4, si tab. test. null.* — (4) § 12, *h. t.; Paul. d. fr. 4.* — (5) § 10, *h. t.; Ulp. fr. 8, § 12, de b. p. contra tab.* — (6) *Ulp. fr.* 1, § 6, *si tab. test. null.* — (7) *Text. hic; Ulp. fr. 8, de b. p. contra tab.* — (8) *Ulp. fr.* 3, *si tab. test. null.* — (9) *Ulp. fr. 1, de collat.* — (10) *Julian. fr.* 3, § 3; *Ulp. fr.* 3, § 3, *eod.*

la succession prétorienne (*a*), les biens dont il se trouve propriétaire au décès du père de famille (1).

Quant aux acquisitions postérieures, quand même on les supposerait faites par un enfant resté sous la puissance paternelle, elles n'auraient jamais pu appartenir au défunt : aussi l'émancipé ne les rapporte-t-il pas (2). Par la même raison, il n'a jamais rapporté même parmi les acquisitions antérieures celles qui auraient fait partie des pécules castrans ou quasi castrans (3); et, dans le nouveau droit, il ne rapporte plus les biens adventifs. Les biens profectifs sont, en effet, les seuls auxquels continuent de s'appliquer, à l'égard des fils de famille, les conséquences de la puissance paternelle [514], ou à l'égard des émancipés, la nécessité du rapport (4).

828. Les enfants, appelés aux possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi*, y viennent dans le même ordre qu'à l'hérédité légitime (5). En conséquence, les enfants du fils prennent dans la succession de l'aïeul la place et la part de leur père ; et lorsque celui-ci survit, il exclut ses propres enfants (6). Cette exclusion des petits-enfants par leur père ne souffre aucune difficulté lorsqu'ils sont, comme lui, hors de la famille ; mais les enfants d'un fils émancipé restent souvent sous la puissance de l'aïeul. Alors ils prennent la place de leur père et deviennent héritiers siens [817], et au lieu d'être exclus par leur père, lorsque celui-ci obtient la possession de biens *unde liberi*, ils concourent avec lui sur la portion que leur attribue le droit civil. Cette portion se subdivise par moitié entre les petits-enfants héritiers siens et leur père émancipé ; et comme c'est à eux que préjudicie dans ce cas le concours de leur père, c'est à eux seuls qu'il doit faire le rapport dont il est tenu (7).

Le § 13 sera expliqué avec le § 3 du titre V [867].

(1) *Gordian. C.* 6, *de collat.* — (2) *Paul. fr.* 11, *de collat. bon.; Diocl. et Max. C.* 15, *de collat.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 15, *eod.* — (4) *Justin. C.* 21, *de collat.* — (5) *Ulp. fr.* 1, § 1, *de b. p. contra tab.* — (6) *Ulp. fr. j*, § 8, *eod.; Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.* — (7) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de conjung. cum emancip.*

(*a*) *Ulp. fr.* 1, § 1, *eod.* L'héritier sien qui ne demande pas la possession de biens ne peut pas forcer l'émancipé au rapport, du moins d'après les termes de l'édit ; mais une interprétation plus équitable soumet l'émancipé au rapport, dans tous les cas où il diminue la part de l'héritier sien, lors même qu'ils succèdent l'un d'après le droit civil, l'autre d'après le droit prétorien (*Scævol. fr.* 10, *eod.; Paul. fr.* 7, *de dot. collat.; Pothier, Pand. n°* 5).

III. DES PERSONNES APPELÉES EN PREMIER ORDRE PAR LES CONSTITUTIONS.

§ XIV.

829. D'après ce qui précède, l'adopté ou l'adrogé qui sort de la famille adoptive après le décès du père naturel perd deux successions, savoir : celle du père naturel à cause de l'adoption qui subsiste encore, et celle de l'adoptant malgré l'adoption qui ne subsiste plus [825]. Les anciens jurisconsultes avaient inutilement cherché les moyens d'éviter ce résultat. Justinien tranche la difficulté, en dépouillant de son principal effet l'adoption proprement dite, qui désormais ne doit plus transférer la puissance paternelle qu'aux ascendants de l'adopté [171].

Si Justinien déroge aux anciens effets de l'adoption, s'il maintient dans leur famille primitive les enfants adoptés par un étranger, c'est uniquement pour leur conserver l'hérédité paternelle. Ce motif ne s'applique point aux petits-enfants dont le père est encore dans la famille. Ils ne sont point héritiers de l'aïeul ; en passant dans une famille adoptive, ils n'ont rien à perdre : aussi l'adoption conserve-t-elle son plein et entier effet sur les petits-enfants que l'aïeul n'est pas obligé d'instituer ou d'exhéréder. Ils passent dans la famille et sous la puissance de l'adoptant, même étranger (1).

L'adrogation conserve également son effet sur l'adrogé *sui juris*, qui, n'étant héritier sien de personne, se place lui-même dans une famille étrangère (2).

830. Les adoptés qui passent sous la puissance de l'adoptant ont dans sa famille, tant qu'ils y restent, les mêmes droits que tous autres fils de famille. Rien n'est plus régulier ; mais par une singularité remarquable, l'adoption imparfaite, lorsqu'elle n'a pas été dissoute par l'émancipation, confère à l'adopté les droits d'héritier sien, *etiam sui heredis jus* (3), sur la succession de l'adoptant qui n'a point la puissance paternelle. L'adopté succédera donc comme s'il était *suus heres*, mais *ab intestat* seulement ; car, en cas de testament, l'adopté omis

(1) *Justin. C.* 10, § 1, *de adopt.* — (2) *Text. hic* ; *Justin. d. C.* 10, § 5. — (3) *Justin. d. C.* 10, § 1.

ne peut recourir, ni à la possession de biens *contra tabulas*, ni à la plainte d'inofficiosité (¹).

Lorsque le père de trois enfants mâles donne l'un d'eux (*ex tribus maribus*) en adoption, le Sc. Sabinien (*a*) assure à ce dernier le quart des biens de l'adoptant. Cette quarte Sabinienne, semblable à la quarte Antonine de l'adrogé impubère [176], est supprimée ici pour tout adopté qui, d'après la distinction consacrée par Justinien, reste dans sa famille primitive.

§ XV.

831. Les enfants ne naissent jamais dans la famille de leur aïeul maternel ; ils ne sont donc pour lui que de simples cognats. A ce titre, ils ne sont point appelés à l'hérédité, et le préteur ne les admet lui-même à la possession de biens qu'en troisième ordre (²).

Ainsi, la fille prédécédée n'était pas représentée dans la famille paternelle. Ce n'est que très tard, sous les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (³), que les enfants de la fille ont pu succéder à leur aïeul maternel (*b*) concurremment avec les héritiers siens, mais pour les deux tiers seulement de la part que leur mère aurait pu recueillir.

Dès que les enfants de la fille ont concouru avec les héritiers siens, ils ont eu, au défaut de ceux-ci, la préférence sur les héritiers du second ordre, c'est-à-dire sur les agnats, sans cependant les exclure en totalité, comme on l'induirait mal à

(¹) *Text. hic*; § 2, *de adopt.* — (²) *Text. hic*; § 2, *de success. cognat.* — (³) *C.* 4 *C. Th.*, *de legit. her.*

(*a*) Haubold place le Sc. Sabinien entre l'an 914 et l'an 922 de la fondation de Rome, sous le règne de Marc-Aurèle. Dans les conjectures auxquelles on est réduit sur les dispositions de ce Sc., les interprètes s'accordent presque tous avec Théophile. Heineccius seul (*Elem. jur.* n° 186) prend la quarte Sabinienne, non sur les biens de l'adoptant, mais sur ceux du père naturel. Cette opinion est évidemment contredite par notre texte, puisqu'il ne concerne que la succession de l'adoptant.

(*b*) Il en est de même dans la succession des ascendantes, *quando femina mortua sit cujus de hereditate agitur*. Mais quelque important que soit ce passage de notre texte, il faut observer qu'il sort de la matière pour anticiper sur l'explication du Sc. Orphitien (V. § 1, *de sc. orphit.*). En effet, nous traitons ici des héritiers siens et des personnes qui leur sont assimilées ; il faut donc avant tout que le défunt puisse avoir des héritiers siens. Aussi tout ce qui précède est-il exclusivement relatif à la succession des ascendants mâles (*Paul. fr.* 4, § 2, *de b. p. contra tab.*; *Gaius*, *fr.* 13, *de suis et legit.*).

propos des expressions trop générales du texte (*iisque... adeuntibus adgnatos* MINIME *vocabant*), puisque Théodose réservait aux agnats un quart de l'hérédité (1).

§ XVI.

832. Justinien, plus favorable aux enfants de la fille, annonce que désormais ils prendront sans aucune diminution (*sine ulla deminutione*) la part de leur mère. On croirait, d'après cela, que Justinien accorde réellement aux enfants de la fille le droit de prendre la part de leur mère sans aucune déduction, soit du quart en faveur des agnats, soit du tiers en faveur des héritiers siens; mais il n'en est pas ainsi. Justinien (2) déroge effectivement à la constitution de Théodose en privant les agnats du quart que ce prince leur avait réservé; mais il conserve la première partie de cette même constitution (3) pour le cas où des héritiers siens concourent avec les enfants de la fille. Ceux-ci n'ont réellement que les deux tiers de la portion maternelle; s'ils ont obtenu la totalité, ce n'est que postérieurement, par la Novelle 118 [909].

833. Les personnes qui, sans être héritiers siens, sont appelées au même rang, soit par le préteur, soit par les nouvelles dispositions du droit civil, ne sont pas pour cela héritiers nécessaires. S'il a fallu un texte formel pour appliquer à d'autres qu'aux héritiers siens le principe de la représentation et du partage par souches, il faudrait une disposition non moins précise pour rendre héritiers nécessaires les personnes qui succèdent sans avoir été sous la puissance du défunt. Elles doivent acquérir l'hérédité comme l'acquièrent en règle générale les externes, c'est-à-dire par une adition volontaire [670, 671]; et en effet, Justinien, parlant des agnats exclus par les enfants de la fille, suppose que ces derniers font adition, *iis adeuntibus*, etc. (4).

Quant au préteur, il accorde la possession de biens, d'après des règles particulières [905].

(1) § 16, *h. t.* — (2) *C.* 12, *de suis et legit.* — (3) *C.* 9, *eod.* — (4) § 16, *h. t.*

TITRE II.

DE LA SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS.

Si aucun héritier sien, aucune des personnes appelées avec les héritiers siens par le préteur ou par les constitutions, ne recueille la succession d'une manière quelconque, alors, d'après la loi des Douze Tables, l'hérédité revient au plus proche agnat.

1. Sont agnats, comme nous l'avons déjà expliqué au premier livre, les cognats unis par les personnes du sexe masculin, c'est-à-dire cognats par le père. Ainsi deux frères nés du même père, autrement dits consanguins, sont agnats entre eux, sans examiner s'ils ont ou non la même mère ; pareillement, l'oncle paternel est agnat du fils de son frère, et réciproquement. Il en est de même des *fratres patrueles*, c'est-à-dire des enfants des deux frères, autrement appelés cousins, et des autres agnats à différents degrés auxquels on arriverait par la même marche. Les enfants nés après la mort de leur père obtiennent aussi les droits de consanguinité. Toutefois ce ne sont point tous les agnats ensemble que la loi appelle à l'hérédité, mais ceux qui se trouvent au degré le plus proche, lorsqu'il devient certain que le défunt est décédé intestat.

2. Le droit d'agnation s'établit aussi par adoption, par exemple,

TITULUS II.

DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege Duodecim Tabularum ad adgnatum proximum pertinet hereditas.

1. Sunt autem adgnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur; nec requiritur an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur: qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem; sed iis qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse.

2. Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit, ve-

luti inter filios naturales et eos quos pater eorum adoptavit; nec dubium est quin improprie consanguinei appellentur. Item, si quis ex ceteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatos inter suos esse non dubitatur.

entre les enfants naturels et ceux que leur père adopte; et sans aucun doute ils sont aussi compris, quoique improprement, sous la dénomination de consanguins. Pareillement, si l'un de vos agnats, par exemple, votre frère, votre oncle paternel ou tout autre agnat plus éloigné, adopte une personne, celle-ci prend indubitablement place parmi les agnats de l'adoptant.

3. Ceterum inter masculos quidem adgnationis jure hereditas, etiam longissimo gradu, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant; masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patrui tui filiæ vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus inter-

3. Entre les agnats du sexe masculin le droit d'hérédité est réciproque, à quelque degré qu'ils se trouvent. Quant aux femmes, on ne voulait leur déférer l'hérédité qu'à titre de consanguinité, lorsqu'elles étaient au degré de sœurs et non au delà, mais leur propre hérédité était ouverte aux agnats du sexe masculin jusqu'au degré le plus éloigné. Ainsi vous héritiez, soit de la fille de votre frère ou de votre oncle, soit de votre tante paternelle, sans qu'elle héritât de vous. Cette distinction avait été adoptée parce qu'on trouvait convenable que le droit fût combiné de manière à faire passer aux mâles presque toutes les hérédités; mais l'équité ne permettait pas que les femmes, considérées comme de simples étrangers, fussent totalement écartées: aussi le préteur les admet-il à la possession de biens que son édit promet par ordre de proximité, c'est-à-dire, lorsqu'il ne se trouve aucun agnat, et même aucun cognat plus proche en degré. La loi des Douze Tables,

loin d'admettre ce système, avait au contraire adopté la simplicité qui convient aux lois, en appelant tous les agnats comme tous les héritiers siens, hommes ou femmes, à se succéder réciproquement jusqu'au degré le plus éloigné. C'est une jurisprudence intermédiaire, postérieure à la loi des Douze Tables, mais antérieure aux constitutions impériales, qui, par une pure susceptibilité, a fait prévaloir à l'égard des femmes la distinction précédente, et leur a entièrement fermé la succession de leurs agnats, puisque l'on ne connaissait encore aucun ordre de succession. Plus tard, les préteurs, corrigeant peu à peu la rigueur du droit civil, ou suppléant à ses lacunes, ont, par humanité, ajouté dans leurs édits un ordre nouveau. En admettant les cognats suivant leur degré de proximité, ils venaient au secours des femmes par les possessions de biens, et leur promettaient celle qui s'appelle *unde cognati*.

veniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive feminas cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat lege Duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita; donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt, et cognationis linea proximitatis nomine introducta per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ UNDE COGNATI appellatur.

Pour nous, fidèle à la loi des Douze Tables, et conservant à cet égard la trace de ses dispositions, nous applaudissons à l'humanité des préteurs, en reconnaissant toutefois qu'ils n'ont pas complétement remédié au mal. Et, en effet, lorsque des parents sont placés par la nature au même degré, et que le titre d'agnat unit respectivement des hommes et des femmes, pourquoi les premiers venaient-ils succéder à tous leurs agnats, tandis que l'hérédité n'était ouverte à aucune autre femme qu'à la sœur du défunt?

Nos vero legem Duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et adgnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum; ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi

soli sorori, ad adgnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes, et ad jus Duodecim Tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sanximus : omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive feminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura sicut germanæ non habent.

Rétablissant donc tous les droits dans leur plénitude, et faisant rentrer cette même disposition dans les principes de la loi des Douze Tables, nous avons décidé, par une de nos constitutions, que les héritiers légitimes, c'est-à-dire les descendants par mâles, quel que soit leur sexe, seront tous indistinctement appelés ab intestat à la succession légitime suivant la proximité de leur degré, et sans exclure les femmes qui n'ont point, comme la sœur, le droit de consanguinité.

4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem : ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant; et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non ad stirpes sed in capita dividenda.

4. Nous avons cru devoir ajouter dans notre constitution que les cognats d'un seul et unique degré passeront au nombre des successeurs légitimes, c'est-à-dire que le fils et la fille d'un frère appelés, comme nous l'avons déjà prescrit, à la succession de leur oncle paternel, ne le seront pas seuls : on admettra encore avec eux le fils et la fille de la sœur consanguine ou utérine, et ces derniers, par un privilége qui ne s'étend point à d'autres cognats, succéderont à leur oncle maternel. Ainsi, à la mort d'un oncle qui est oncle paternel des enfants de son frère, et oncle maternel des enfants de sa sœur, les neveux de l'une et de l'autre branche succéderont indistinctement, comme s'ils étaient tous descendants par mâles et tous admis par le droit civil, pourvu toutefois qu'il n'y ait ni frère ni sœur; car lorsqu'il y a des frères ou sœurs qui acceptent la succession, les autres degrés sont absolument écartés de l'hérédité, qui se partage non par souches, mais par têtes.

5. Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex Duodecim Tabularum proximum vocat : itaque si (verbi gratia) sit defuncti frater et alterius fratris filius aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex

5. Lorsque les agnats sont à différents degrés, la loi des Douze Tables appelle expressément le plus proche. Ainsi, par exemple, si le défunt laisse un frère et le fils d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère obtient la préférence, et quoique la loi, parlant

au singulier, n'appelle que le plus proche, cependant les agnats du même degré sont tous admis sans aucun doute; et en effet, qui dit le plus proche, suppose, à proprement parler, différents degrés, et néanmoins si les agnats se trouvaient tous au même degré, il est indubitable que l'hérédité leur appartiendrait.

6. La proximité, lorsqu'il n'existe aucun testament, se considère à l'époque où est décédé le DE CUJUS. Si le défunt a fait un testament, on considère l'époque où il est devenu certain qu'il n'y aura point d'héritier testamentaire : car c'est alors, à proprement parler, que le défunt est reconnu intestat. Quelquefois même l'incertitude se prolonge très longtemps, et dans l'intervalle il arrive souvent que, le plus proche venant à mourir, tel devient le plus proche, qui ne l'était pas au décès du testateur.

7. On n'admettait, dans ce genre d'hérédités, aucune dévolution : c'est à-dire que, si le plus proche, appelé, comme nous l'avons dit, à l'hérédité, la répudiait ou mourait sans avoir fait adition, le droit civil n'en excluait pas moins le degré subséquent. Les préteurs ont encore introduit sur ce point une réforme qui, sans être complète, ne laissait pas le mal absolument sans remède : ils appelaient dans l'ordre des cognats les personnes

proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur : nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur; et tamen non dubium est quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas.

6. Proximus autem si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is cujus de hereditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem extaturum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse : id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in tantum sine

adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, ut pote adgnationis jure eis recluso.

Sed nos nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sanximus successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam : cum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum et proximo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat.

Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

pour qui se trouvait ainsi fermée la succession des agnats.

Quant à nous, désirant que la législation soit aussi complète que possible, nous avons, dans une de nos constitutions (dans celle qu'un sentiment d'humanité nous a dictée sur le droit de patronage), décidé qu'il y aura dévolution dans l'hérédité des agnats; il était absurde en effet de la leur refuser, quand le préteur l'accorde aux cognats, d'autant plus que la tutelle passe, à défaut du degré le plus proche, au degré subséquent, et qu'ainsi le principe admis relativement aux charges ne l'était pas à l'égard des bénéfices.

8. On apple aussi à la succession légitime l'ascendant qui émancipe son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille sous réserve de fiducie.

Réserve que notre constitution sous-entend dans tous les cas. Ainsi l'émancipation des enfants sera toujours censée faite avec fiducie, tandis que, chez les anciens, l'ascendant n'obtenait le même avantage qu'après avoir expressément réservé la fiducie.

EXPLICATION.

PR.

834. A défaut d'héritiers siens, la loi des Douze Tables appelle en second ordre les agnats du défunt (1).

Ici Justinien, d'après la législation existante de son temps,

(1) *Gaius*, 1 *inst.* 9.

nous montre les agnats précédés non-seulement par les héritiers siens, mais encore par tous les descendants que le droit honoraire et les constitutions impériales appellent *inter suos heredes* [820,829]. En effet, lorsque ceux-ci recueillent la succession d'une manière quelconque (*quoquo modo*), c'est-à-dire en demandant au préteur la possession de biens [905], ou en faisant adition d'hérédité, les agnats sont totalement exclus [833].

§§ I et II.

835. Considérée comme lien de famille, l'agnation existe entre les parents directs aussi bien qu'entre les collatéraux. Dans ce sens, le fils est le premier agnat de son père [1] ; mais relativement à l'hérédité, les descendants forment un ordre à part, et le titre d'agnat, pris par opposition à celui de *suus heres*, ne convient qu'à des collatéraux ; car un descendant qui ne serait pas *suus*, ne serait certainement pas agnat [2].

Sont agnats entre eux, comme nous l'avons expliqué au premier livre, tous les membres de la même famille : *familiam dicimus omnium agnatorum* [231]; et par suite, l'adopté se trouve associé au droit d'agnation, non seulement avec l'adoptant et les personnes soumises à sa puissance, mais encore avec tous les agnats collatéraux de l'adoptant, à quelque degré que ce soit [181].

§ III.

836. La loi des Douze Tables déférait l'hérédité au plus proche agnat sans distinction de sexe. Ce principe a été conservé intact entre les agnats du second degré, c'est-à-dire entre les frères ou sœurs naturels ou adoptifs du défunt. On les a désignés spécialement sous le titre de consanguins [3]; tandis que le titre d'agnat, resté propre aux degrés subséquents, a cessé de comprendre les femmes. Conséquemment, au delà du second degré, ces dernières ont perdu le droit de succéder aux membres de leur famille. Voilà pourquoi Ulpien [4] et Paul [5] limitent toujours leur définition des agnats aux personnes du sexe masculin.

Cette division des membres de la même famille en deux

(1) *Pomp. fr.* 12, *de suis et legit.* — (2) *Pap. fr.* 7, *si tab. test. null.* — (3) *Text. hic* ; § 2, *h. t.*; *Ulp.* 26 *reg.* 1. — (4) *Ulp.* 26 *reg.* 1 ; *fr.* 2, § 1, *de suis et legit.* — (5) 4 *sent* 8, § 13.

classes a été introduite par l'interprétation des prudents (*a*). Il en résulte que l'hérédité légitime, à défaut d'héritier sien, se déférait d'abord aux consanguins, c'est-à-dire aux agnats frères ou sœurs du défunt, sans distinction de sexe ; et secondement, à défaut de consanguins, aux agnats proprement dits, c'est-à-dire aux mâles de la même famille (1). Ainsi les femmes, lorsqu'elles ne laissaient point de consanguins, avaient pour héritiers des agnats à qui elles-mêmes n'auraient pas succédé (2), si ce n'est comme cognats et en troisième ordre seulement, d'après le droit honoraire [866].

837. Justinien (3), supprimant la distinction introduite par l'interprétation des prudents, rétablit tous les agnats sans distinction de sexe, dans les droits que leur donnait primitivement la loi des Douze Tables ; non toutefois pour revenir au système de cette loi, mais au contraire pour le modifier par d'autres innovations, en sens inverse de celle qu'il abroge.

§ IV.

838. En effet, non content de rendre aux femmes les droits d'agnation qui leur appartiennent, il veut que certains cognats, c'est-à-dire les enfants de la sœur, soient considérés comme agnats. Ainsi, conformément à la loi des Douze Tables, les enfants d'un frère consanguin succéderont à leur oncle paternel (*patrui sui*) ; mais de plus, on admettra dans la même hérédité les enfants de la sœur consanguine ou utérine, quoique le défunt, en sa qualité d'oncle maternel (*avunculi sui*), n'ait jamais été leur agnat. Justinien les reconnaît lui-même pour de simples cognats ; mais il les élève au rang des héritiers légitimes, comme s'ils étaient véritablement agnats.

Cette faveur ne profite qu'à un seul degré de cognats (*unus tantummodo gradus*) ; car Justinien n'admet pas toute la descendance des sœurs, mais seulement leurs fils ou filles (*filius et*

(1) *Text. hic ; Ulp.* 26 *reg.* 1 ; *fr.* 2, § 1, *de suis et legit.* — (2) *Text. hic ; Gaius*, 3 *inst.* 14. — (3) *Text. hic ; C.* 14, *de legit. her.*

(*a*) *Media jurisprudentia*, etc. (*text. hic ; Paul.* 4 *sent.* 8, § 3). L'exclusion des femmes tendait à conserver les biens dans la famille du défunt. Aussi Paul (4 *sent.* 8, § 22), en parlant de la distinction établie entre les consanguins et les agnats, annonce-t-il qu'elle dérive de la loi Voconia, ou plutôt de son esprit : *Voconiana ratione*

filia soli), neveux et nièces du défunt. Le même privilége ne s'applique ni aux petits-neveux ou petites-nièces, ni à aucun autre cognat du quatrième degré; et, dans le troisième degré même, la disposition qui concerne les neveux et nièces du défunt ne s'étend point à ses oncles et tantes ([1]).

839. Lorsqu'on admet ainsi comme agnats les enfants de la sœur même utérine, il est impossible de ne pas admettre la sœur et même le frère utérin : déjà, en effet, Justinien ([2]) les avait appelés à l'hérédité fraternelle, et cependant c'est en 534 seulement, après la promulgation des Institutes, que l'agnation fut réellement étendue à tous les frères ou sœurs, comme à tous les neveux et nièces.

Voici quelle a été la marche de cette législation :

En 498, Anastase avait réservé le droit d'agnation aux frères et sœurs émancipés; ils venaient donc à l'hérédité fraternelle, mais pour les trois quarts seulement de ce qu'ils auraient eu, s'ils étaient restés dans la famille. Ce bénéfice ne s'étendit point aux enfants de l'émancipé; la constitution d'Anastase les laissait au rang des cognats ([3]).

Justinien, qui affecte de confondre la distinction des agnats et des cognats avec celle des parents paternels et maternels, s'occupe uniquement de ces derniers. Il accorde les droits d'agnation dans toute leur plénitude, d'abord en 528 aux frères ou sœurs utérins ([4]), puis en 532 aux enfants de la sœur utérine, et sans doute aussi, quoiqu'il n'en parle pas, aux enfants du frère utérin ([5]), sans rien faire encore pour les consanguins émancipés ni pour leurs enfants. Ces derniers restent purement et simplement dans la classe des cognats, et le frère ou la sœur émancipés ne jouissent eux-mêmes du droit d'agnation que pour les trois quarts de leur portion virile. Enfin, en promulguant son Code revisé, Justinien ([6]) admet, sans déduction ni réserve, les frères et sœurs émancipés, aussi bien que les frères et sœurs utérins, les neveux et nièces nés soit de frère ou sœur émancipés, soit de frère ou sœur utérins (*a*). Dès lors il ne reste plus

([1]) *Justin. d. C.* 14, § 1. — ([2]) *C.* 7, *ad. sc. tertull.* — ([3]) § 1, *de success. cognat.* — ([4]) *D. C.* 7, *de sc. tertull.* — ([5]) *Text. hic*; *C.* 14, § 1, *de legit. her.* — ([6]) *C.* 15, §§ 1, 2 *et* 3, *cod.*

(*a*) Tous ceux qui sont ainsi considérés comme agnats pour l'hérédité, le sont également pour la tutelle (V. *C.* 15, § 4, *de legit. hered.*). Une disposition spéciale pour le frère émancipé devenait donc inutile dans le nouveau Code, où l'on a ce-

de cognats dans le second degré, et il ne reste dans le troisième que les oncles et tantes du défunt.

840. Les neveux et nièces succéderont donc tous à leurs oncles et tantes, à défaut de frères et de sœurs; car ces derniers, venant au second degré, excluent leurs propres enfants, et même ceux d'un autre frère ou sœur prédécédés. En effet, la représentation et le partage par souches, n'étant qu'une conséquence de la puissance paternelle, n'existaient primitivement qu'entre héritiers siens [817, 818]; et quoique ensuite on ait admis les enfants de la fille à prendre, dans la succession de l'aïeul maternel, la part de leur mère prédécédée [831, 832], c'est beaucoup plus tard, et seulement par la Novelle 118, que Justinien a étendu aux successions collatérales la représentation et le partage par souches. Ici, au contraire, chacun succède de son chef et partage par têtes (*hereditate non in stirpes sed in capita dividenda*).

§ V.

841. La loi des Douze Tables n'appelle à l'hérédité, parmi les agnats, que le plus proche ou les plus proches. Les conséquences et l'interprétation de ce principe n'ont besoin d'aucune explication (1).

§ VI.

842. Pour les agnats, comme pour les héritiers siens, l'hérédité s'ouvre ab intestat, lorsqu'on est certain que le défunt n'aura point d'héritier testamentaire, et c'est alors seulement que la priorité du degré détermine la préférence entre les agnats existants à cette époque.

§ VII.

843. L'hérédité ne se déférait ab intestat qu'une seule fois, au plus proche et à lui seul (2). Elle restait donc à jamais fermée pour tout autre que ceux en faveur de qui elle s'était d'abord ouverte; ainsi, lorsque le plus proche ne recueillait pas

(1) *Text. hic ; Gaius*, 3 *inst.* 11 ; *Ulp.* 26 *reg.* 1. V. *Paul.* 4 *sent.* 8, §§ 17, 18 *et* 19. — (2) *Paul. ibid.*, § 23.

pendant conservé une partie de la constitution d'Anastase (*C.* 4, *de legit. tut.*; V. 243).

l'hérédité, aucun autre agnat ne pouvait s'y présenter d'après le droit civil. En ce sens il n'y avait pas succession, *successionem non esse* (1), c'est-à-dire dévolution successive de degré en degré.

Justinien admet, dans l'hérédité, la dévolution déjà admise dans les possessions de biens par le préteur. Ainsi l'hérédité sera déférée ab intestat, à tous les agnats successivement et graduellement, comme si chaque degré était substitué au degré précédent.

De cette manière l'agnat le plus éloigné passera toujours avant tous les cognats, même plus proches que lui ; car la priorité du degré n'établit qu'une préférence relative entre successibles du même ordre [863].

844. Si l'hérédité légitime déférée au plus proche agnat n'admettait pas la dévolution, l'hérédité déférée aux héritiers siens ne pouvait pas même l'admettre (2), puisque les siens deviennent héritiers nécessaires, et par cela seul excluent tous les héritiers légitimes (3); mais avec les siens et parmi eux, les constitutions ont admis d'autres descendants qui n'acquièrent pas *ipso jure* l'hérédité de leur aïeul maternel, ni celle d'un adoptant étranger [833] : faute par eux de la recueillir, sera-t-elle fermée à tous autres successeurs légitimes? Le principe de la dévolution me paraît devoir s'appliquer entre tous les successibles qui ne sont pas héritiers nécessaires. Les descendants qui, sans être héritiers siens, succèdent comme eux et avec eux [831], se confondent avec les agnats, quant à l'acquisition de l'hérédité qu'ils prennent ou rejettent à leur gré. Je ne vois donc pas ce qui empêcherait la dévolution : en effet, si les agnats sont exclus par les enfants de la fille, c'est lorsque ces derniers acceptent l'hérédité de leur aïeul paternel [833].

§ VIII.

845. Dans le système de la loi des Douze Tables, aucun ascendant ne succède en cette qualité. En effet, avant la concession des pécules, les fils de famille n'avaient rien à eux. Ceux qui deviennent *sui juris* sans émancipation, n'ont plus d'ascendants paternels. Quant à l'émancipé, ses ascendants pater-

(1) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 12; *Ulp.* 26 *reg.* 5; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 23. — (2) *Ulp. fr.* 1; § 8, *de suis et legit.* — (3) *Diocl. et Max. C.* 2, *unde liber.*

nels ne tiennent plus à lui par le lien de famille, qui d'ailleurs n'existe jamais pour les ascendants maternels.

L'émancipé n'a point d'agnats. Il sont remplacés, pour lui comme pour les affranchis auxquels il est assimilé, par le patron qui, à défaut d'héritiers siens, arrive en second ordre à l'hérédité [1]. Dans l'origine, ce patron des émancipés n'était autre que l'acheteur à qui on les avait mancipés : ce fut ensuite ou l'acheteur ou le père de famille vendeur, suivant que l'émancipation se faisait avec ou sans fiducie [200]; enfin ce fut toujours l'ascendant émancipateur, lorsque sous Justinien l'émancipation, simplifiée dans sa forme, fut censée, quant à ses effets, avoir été faite *quasi contracta fiducia.*

846. L'ascendant émancipateur, considéré comme patron, continue de succéder, en cette qualité, à défaut d'héritiers siens, par préférence à tous autres parents. Justinien, par une correction adaptée selon toute vraisemblance à une constitution de Dioclétien [2], préfère les frères et sœurs de l'émancipé, en réglant sa succession comme était déjà réglée, quant aux pécules, celle des fils de famille.

Ces derniers disposaient par testament des biens castrans et quasi castrans. Ils pouvaient donc avoir un héritier testamentaire, et cependant ils n'avaient point d'héritier légitime [553]; mais à Constantinople, et lorsqu'on réserva au fils de famille la nue propriété des biens maternels [514], ils commencèrent à transmettre héréditairement ces mêmes biens, savoir : 1° à leurs enfants; 2° à leurs frères et sœurs; 3° au père de famille qui dans ce cas recueille les biens de son fils à titre de succession [3]. Les mêmes règles s'appliquent comme nous l'avons déjà vu aux biens castrans [554].

Ceci nous conduit naturellement à voir quels sont les droits de la mère.

(1) *Pr., de success. libert.; pr., de legit. parent. tut.* — (2) *C.* 2, *ad. sc. tertyll.* — (3) *Theod. et Valent. C.* 3; *Leo et Anthem. C.* 4, *de bon. quæ liber.; Justin. C.* 11, *commun. de succ.*

TITULUS III.	TITRE III.
DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO.	DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.
Lex Duodecim Tabularum	Telle était la rigueur du sys-

ième établi par la loi des Douze Tables, telle est la préférence qu'elle accordait à la postérité des mâles, et l'exclusion qu'elle donnait aux parents de la ligne féminine, que le droit d'hérédité réciproque n'existait pas même entre la mère et les enfants : seulement le préteur les appelait à succéder entre eux comme plus proches cognats, en leur accordant la possession de biens *unde cognati.*

ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem et eos qui per feminis exus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione UNDE COGNATI accommodata vocabant.

1. Cette rigueur du droit fut corrigée dans la suite ; l'empereur Claude fut le premier qui, pour consoler une mère de la perte de ses enfants, lui déféra l'hérédité légitime.

1. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

2. Plus tard, le sénatus-consulte Tertullien, porté sous le règne d'Adrien, établit en règle générale que la succession des enfants serait déférée à la mère, sans rien accorder à l'aïeule. Il décida qu'une ingénue, mère de trois, et une affranchie mère de quatre enfants, tirant son droit de ce nombre même, serait admise aux biens de ses fils ou filles morts intestats, quoiqu'elle se trouvât elle-même sous la puissance paternelle ; sauf que, dans ce dernier cas, elle appréhende l'hérédité par ordre de l'ascendant dont elle dépend.

2. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ, deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis est : ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

3. Sont préférés à la mère, les enfants du défunt, siens ou considérés comme siens, quel que soit leur degré.

3. Præferuntur autem matri, liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus sivi ulterioris.

* Sed et filiæ suæ mortuæ filius
* vel filia opponitur ex constitutio-
* nibus matri defunctæ, id est, aviæ
* suæ. *

Lorsqu'une femme meurt indépendante, ses fils ou filles sont préférés, d'après les constitutions, à sa mère, c'est-à-dire à leur aïeule.

Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur; scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem, soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur; sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratris et sororis.

Le père du défunt ou de la défunte l'emporte également sur la mère; il en est autrement de l'aïeul ou du bisaïeul, du moins lorsque la mère et lui sont seuls prétendants à l'hérédité. Le frère consanguin du défunt ou de la défunte excluait la mère, et celle-ci concourait avec la sœur consanguine; mais lorsqu'il existait des frères et des sœurs consanguins, la mère, que le nombre de ses enfants rendait admissible, était exclue par le frère, et l'hérédité se divisait par égales portions entre les frères et sœurs.

4. Sed nos constitutione quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam: ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum: quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt: ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

4. Quant à nous, par une constitution insérée dans le Code qui porte notre nom, nous avons cru devoir secourir la mère et prendre en considération son sexe, le travail de l'enfantement, ses dangers et la mort qui en résulte trop souvent. Il nous a semblé inhumain de faire tourner à son détriment une circonstance purement fortuite: en effet, les ingénues qui auraient eu moins de trois enfants, les affranchies qui en auraient eu moins de quatre, étaient injustement privées de leur succession; mais est-ce donc un crime pour une mère de ne pas l'avoir été plus souvent? Aussi avons-nous accordé à la mère ingénue ou affranchie le droit de succession légitime dans toute sa plénitude, lors même qu'au lieu d'avoir eu trois ou quatre enfants, elle aurait eu seulement le DE CUJUS. Ainsi, dans ce cas même, les mères seront appelées à la succession légitime de leurs enfants.

5. * Sed cum antea constitutio-
* nes jura legitimæ successionis

5. Les constitutions antérieures, s'attachant aux principes de la succession

légitime, se montraient d'un côté favorables, et d'un autre côté préjudiciables à la mère. Au lieu de l'admettre pour la totalité, tantôt on lui retranchait un tiers pour le donner à certains héritiers légitimes, tantôt ce retranchement s'opérait en sens inverse. Quant à nous, nous voulons que la mère, purement et simplement préférée à tous les héritiers légitimes, recueille sans aucun retranchement la succession de ses enfants; nous exceptons les frère et sœur consanguins ou simples cognats. Ainsi, de même que nous préférons la mère à toute la série des héritiers légitimes, de même nous appelons tous les frères et sœurs, admis ou non admis par l'ancienne loi, à recueillir concurremment l'hérédité; en observant toutefois que, si le défunt ou la défunte ne laisse avec sa mère que des sœurs agnates ou cognates, la mère aura une moitié, et les sœurs, quel que soit leur nombre, l'autre moitié. Si, au contraire, la mère survivante concourt avec un ou plusieurs frères, soit qu'ils aient ou n'aient pas de sœurs, soit que leur droit se fonde sur la loi ou sur la simple cognation, l'hérédité du fils ou de la fille décédée intestat se partagera par têtes.

* perscrutantes, partim matrem ad- * juvabant, partim eam prægrava- * bant, et non in solidum eam vo- * cabant, sed in quibusdam casibus * tertiam ei partem abstrahentes, * certis legitimis dabant personis, * in aliis autem contrarium facie- * bant : * nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes; ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sunt sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen ut, si quidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

6. Lorsque nous étendons notre prévoyance sur la mère, il faut aussi qu'elle n'oublie pas ses enfants. Elle saura donc que, faute par elle d'avoir demandé des tuteurs pour ses enfants, ou d'avoir fait remplacer dans l'année le tuteur qu'on aurait écarté ou excusé, elle sera justement repoussée de la succession de ces mêmes enfants, dans le cas où ils mourraient impubères.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere : scituris eis quod, si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

7. Quoique le défunt ou la défunte n'ait point de père certain, la mère n'en est pas moins admis-

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater

ex Tertulliano senatusconsulto admitti.	sible à succéder, en vertu du sénatus-consulte Tertullien.

EXPLICATION.

PR.

847. La femme qui était passée *in manu mariti* [206] était considérée comme fille de son mari, et par suite comme sœur consanguine de ses propres enfants. En cette qualité de consanguins, la mère et les enfants se succédaient réciproquement comme héritiers légitimes (¹); mais hors ce cas les enfants n'étaient point agnats de leur mère, et la loi des Douze Tables n'admettait point entre eux de succession réciproque; le préteur seul les admettait en troisième ordre à la possession de biens *unde cognati*.

§ I.

848. L'hérédité légitime, c'est-à-dire le droit de succéder d'après la loi civile, comme les agnats eux-mêmes, a été déférée pour la première fois par l'empereur Claude, sinon à la mère en général, du moins à une mère en particulier (*ad solatium liberorum amissorum*), pour la consoler d'avoir perdu ses enfants, c'est-à-dire, je crois, tous ses enfants (²).

§ II.

849. C'est par le Sc. Tertullien (*a*) que les femmes ont obtenu le droit de succéder à leurs enfants (*plenissime*), en règle générale et en leur seule qualité de mère, lors même

(¹) *Gaius,* 3 *inst.* 24; *Ulp.* 26 *reg.* 7. — (²) *Cujac. et Jan. a Costa, hic.*

(*a*) Notre texte rapporte ce sénatus-consulte au règne d'Adrien (*Hadriani temporibus*); et, en effet, plusieurs jurisconsultes contemporains ont écrit sur le Sc. Tertullien (*Pomp. fr.* 11, *de suis et legit.*; *fr.* 10, *ad sc. Tertyll.*; *Gaius fr.* 8, *eod.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 1, 2, *et* 8, *eod.*). C'est donc mal à propos que les interprètes ont généralement admis une date plus récente, celle du consulat de Tertullus et de Claudius Sacerdos, l'an de Rome 911 et de J.-C. 158, sous le règne d'Antonin le Pieux. C'est ce prince, suivant eux, qu'on appellerait ici Adrien, du nom de son père adoptif.

qu'elles n'étaient point passées dans la famille du mari, *sine in manum conventione* (1). On ne distingue pas non plus si elle est *sui juris* ou si elle est soumise à la puissance paternelle (*a*), sauf que, dans ce dernier cas, elle ne pourra faire adition qu'avec le consentement du chef de sa famille.

Remarquez ici que le droit accordé à la mère par le Sc. Tertullien ne s'étendait pas à l'aïeule (2).

§ IV.

850. Pour profiter du Sc. Tertullien, la mère devait remplir plusieurs conditions. Il fallait premièrement qu'elle eût mis au monde un certain nombre d'enfant nés vivants, à terme et de couches différentes (3) ; le tout sauf les dispenses accordées par le prince, qui admettait quelquefois la mère à l'hérédité du seul enfant qu'elle avait eu (4). Cette indulgence a été transformée en règle générale, même avant Justinien, qui confirme ici (5) une constitution de Théodose (6).

§ VI.

851. La seconde condition, celle d'avoir demandé un tuteur, ne devient obligatoire pour la mère qu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis (7), et ne doit lui être opposée que pour l'hérédité des enfants décédés impubères (8) ; car, après la puberté, le fils qui peut instituer un héritier et qui ne l'institue pas, excuse évidemment la négligence maternelle [995].

Ce tuteur doit être demandé le plus tôt possible, et dans l'année (*intra annum*) au plus tard (9).

§ III.

852. Cette nécessité de faire nommer un tuteur prouve que

(1) *Ulp.* 26 *reg.* 7. — (2) *Matri non etiam aviæ, text hic.* V. 858. — (3) § 2, *h. t.*; *Paul.* 4 *sent.* 9, § 1 *et seqq.* — (4) *Paul. ibid.*, § 9. — (5) *Text. hic*; *C.* 2, *de jur. liber.* — (6) *C.* 1, *eod.* — (7) *Diocl. et Max. C.* 2, *si advers. delict.* — (8) *Const. C.* 3, *ad. sc. tertull.* — (9) *Ulp. fr.* 2, §§ 23 et 43, *ad. sc. tertull.*

(*a*) *Text. hic*; *Paul. fr.* 6, *ad sc. tertyll.* D'après la loi des Douze Tables, au contraire, l'hérédité n'est jamais déférée qu'aux personnes *sui juris* : en effet, les petits-enfants ne deviennent héritiers siens de l'aïeul paternel que lorsque leur père ne peut plus les avoir ou ne les a déjà plus sous sa puissance [810, *etc.*]. Dans l'ordre des agnats, les fils de famille sont nécessairement d'un degré plus éloigné que leur père; ils se trouvent donc exclus par lui.

le sénatus-consulte avait en vue l'hérédité des enfants *sui juris*. En effet, les fils de famille n'avaient encore ni hérédité ni héritier légitime [846].

Aussi notre texte, en indiquant le rang que la mère obtient dans la succession de sa fille, suppose-t-il que cette dernière est décédée *sui juris* (1).

853. La mère, placée au rang des agnats, ne venait comme eux qu'à défaut des héritiers siens ou des personnes appelées comme telles en premier ordre (2). C'est l'hypothèse générale sur laquelle est fondé, pour la succession du fils (a), tout ce qui regarde la mère et les autres héritiers du second ordre. Dans cette hypothèse donc, le défunt est devenu *sui juris* avec ou sans *capitis deminutio*.

Dans le premier cas, l'émancipé, n'ayant plus d'agnats, n'avait pour héritier légitime que l'ascendant émancipateur ; mais le préteur admettait aussi à la possession de biens les enfants de ce dernier, et par conséquent le père des petits-enfants émancipés par l'aïeul. Or le père, lorsqu'il se présente d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien, exclut toujours la mère (3) ; mais elle passe avant l'aïeul émancipateur lorsqu'il est seul (*scilicet cum inter eos solos*, etc.). Autrement, si le père existe, la mère qui expulse l'aïeul est à son tour repoussée par le père, auquel revient la succession prétorienne, et qui en ferait profiter l'aïeul. Autant vaut conserver à celui-ci l'hérédité ; aussi dans ce cas le sénatus-consulte reste-t-il sans effet (4).

854. Quant aux enfants devenus *sui juris* sans *capitis deminutio*, ils ont rarement des ascendants mâles [855]. La mère, admise parmi les agnats, se trouve au premier degré ; cependant elle n'exclut que ceux du troisième degré, et ne concourt pas même avec tous ceux du second. Toujours écartée par les frères consanguins, c'est à leur défaut seulement que la mère concourt avec les sœurs consanguines (5).

Dans ces différents cas, la dévolution a toujours été admise.

(1) *Suæ mortuæ, text. hic.* — (2) *Text. hic; Ulp.* 26 *reg.* 8 ; *fr.* 2, § 6, *ad. sc. tertull.* — (3) *Text. hic; Ulp.* 26 *reg.* 8 ; *fr.* 2, § 16, *eod.*; *Modest. fr.* 10, *de suis et legit.* — (4) *Paul. fr.* 5, § 2, *ad. sc. tertull.* — (5) *Text. hic; Ulp.* 26 *reg.* 8.

(a) Les femmes n'ont jamais d'héritier sien. Ce n'est donc pas à ce titre, mais par suite d'un sénatus-consulte dont s'occupe le titre suivant, que les enfants et ensuite les petits-enfants d'une fille ont été préférés, comme on le dit ici, à la mère de leur mère [858].

Ainsi, les personnes préférées à la mère ne lui faisaient obstacle qu'autant qu'elles recueillaient la succession ; et réciproquement, au refus de la mère, l'hérédité était déférée à l'agnat qui se trouvait le plus proche au moment de la répudiation (1).

855. L'ancien droit civil, en préférant à la mère tous les agnats, lui préférait souvent des parents très éloignés. Le Sc. Tertullien établirait une préférence non moins injuste, s'il faisait toujours monter la mère au rang des agnats, tandis qu'on laisserait parmi les cognats certains parents qu'elle ne doit pas exclure. Tels sont, par exemple, les enfants que le défunt a donnés en adoption, et qui sont restés jusqu'à sa mort dans la famille adoptive [823] : à leur égard, le Sc. Tertullien demeure sans effet (2). Dans ce cas donc, s'il n'existe aucun agnat, la possession de biens arrive en troisième ordre aux plus proches cognats, c'est-à-dire à la mère et aux enfants du défunt.

Il en est de même pour la succession des petits-enfants que l'aïeul a conservés sous sa puissance, après l'adoption ou l'émancipation de leur père (3). Ce dernier se trouvant relégué dans la classe des cognats, y retient la mère, qui alors ne profite pas du sénatus-consulte, à moins que ce ne soit pour l'emporter sur un agnat, qui autrement exclurait tous les cognats et le père lui-même (4).

§§ V et VII.

856. Les dispositions du Sc. Tertullien ont été modifiées, même avant Justinien, par différentes constitutions favorables aux mères qui n'ont pas procréé le nombre d'enfants exigé, et défavorables aux autres. On accorda aux premières un tiers, et réciproquement on retrancha un semblable tiers aux secondes, pour le donner à certains agnats que le sénatus-consulte excluait en totalité, c'est-à-dire à l'oncle ou à ses fils et petits-fils (5).

En réglant les droits de la mère par rapport aux frères et sœurs, le sénatus-consulte n'avait en vue que les consanguins, puisque eux seuls étaient appelés à l'hérédité légitime [836]. L'assimilation des utérins aux consanguins fournit à Justinien l'occasion de quelques changements faciles à saisir par le texte même.

Le § 7 sera expliqué avec le § 4 du titre V [870].

(1) *Ulp. fr.* 2, §§ 9, 14, 20 *et* 22, *ad. sc. tertull.* — (2) *Ulp. d. fr.* 2, § 9. — (3) *Ulp. fr.* 2, §§ 17 *et* 18, *ad sc. tertull.* — (4) *Ulp. d. fr.* 2, §§ 17, 18 *et* 19. — (5) *Const. C.* 1 ; *Valent. et Val. C.* 2, *C. Th., de legit. her.*

TITULUS IV.

DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus effectum est. Quod latum est divi Marci temporibus, et data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et præferuntur consanguineis et adgnatis defunctæ matris.

1. * Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur. *

2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones quæ a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti ([1]).

([1]) Sancimus ut neque ex testamento neque ab intestato, neque ex liberalitate

TITRE IV.

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

Réciproquement, les enfants ont été admis aux biens de leur mère décédée intestate, par le sénatus-consulte Orphitien, porté sous le consulat d'Orphitus et de Rufus, pendant le règne de l'empereur Marc-Aurèle. L'hérédité légitime est accordée à ses fils et filles, lors même qu'ils sont sous la puissance d'autrui, et par préférence aux consanguins ou aux agnats de la défunte.

1. Mais comme, d'après ce sénatus-consulte, les petits-enfants n'étaient point appelés par le droit civil à la succession de leur aïeule, les constitutions impériales ont corrigé plus tard cette rigueur, et, à l'exemple des fils et filles, on appelle aussi les petits-fils et petites-filles.

2. On saura que les successions ainsi déférées par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ne se perdent point par la *capitis deminutio;* en effet, la règle est que la *capitis deminutio* n'enlève pas l'hérédité légitime déférée par le droit nouveau, mais seulement l'hérédité déférée par la loi des Douze Tables.

3. On saura enfin que les enfants dont le père est incertain sont, comme les autres, admis, en vertu de ce sénatus-consulte, à l'hérédité maternelle ([1]).

([1]) Nous défendons que, soit par testament, soit ab intestat, soit par donation entre-vifs, les

4. Lorsqu'il existe plusieurs héritiers légitimes, si l'un d'eux abandonne l'hérédité, ou se trouve soit par mort, soit par toute autre cause, dans l'impossibilité d'accepter, sa part accroît aux acceptants ([1]); et, s'ils sont prédécédés, l'accroissement profite à leurs héritiers.

4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio ([1]); et licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

bâtards puissent rien recevoir d'une mère illustre, lorsqu'il existera des enfants légitimes.

inter vivos habita, justis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat.

Lorsqu'une concubine aura eu d'un commerce licite un fils ou une fille, ceux-ci viendront aux biens de leur mère conjointement avec les enfants légitimes; cela ne souffre aucun doute.

Sin autem concubina..... filium vel filiam ex licita consuetudine procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, nulla dubitatio est. (*C.* 5, *ad. sc. orphit.*)

([1]) On ne transmet pas l'hérédité qu'on n'a point acceptée; les anciens ne le permettaient pas, et nous ne permettons nous-même de la transmettre qu'aux enfants dont parle la constitution de Théodose.

([1]) Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis de quibus Theodosiana lex loquitur. (*C.* 1, § 5, *de cad. toll.*)

Nous avons trouvé dans les anciennes lois que les fils de famille décédés pendant qu'ils délibéraient sur l'hérédité paternelle, pouvaient transmettre à leur postérité le droit de délibérer; et nous avons voulu étendre à tous les successeurs, parents ou étrangers, cette même transmission, pourvu toutefois qu'elle s'opère dans l'année.

Cum in antiquioribus legibus invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere,... eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam...., ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. (*C.* 19, *de jur. delib.*)

EXPLICATION.

PR.

857. Le Sc. Tertullien n'avait point admis les enfants à l'hérédité maternelle; c'est plus tard (*a*) et en vertu du Sc. Orphitien, qu'elle a été déférée aux fils et aux filles. Considérés désormais comme agnats de la défunte ([1]), ils se trouvent au premier degré; conséquemment ils passent avant tout autre

([1]) *Pr., de success. cognat.*

(*a*) L'an de Rome 931, pendant le règne de Marc-Aurèle et de Commode, sous le consulat de Julianus Rufus et de Gavius Orphitus (*text. hic; Ulp.* 26 *reg.* 7).

héritier légitime, sans excepter les consanguins (1). Par la même raison ils concouraient avec leur aïeule, mère de la défunte (2), antérieurement admise par le Sc. Tertullien ; mais ici on leur donne la préférence, en vertu de plusieurs constitutions postérieures au Sc. Orphitien (3). Indépendamment de ces constitutions et par la combinaison même des deux sénatus-consultes, la mère se trouvait pareillement exclue de la succession de sa fille, lorsque celle-ci laissait des enfants et en outre un frère consanguin. En effet, ce frère empêchait la mère de succéder en vertu du Sc. Tertullien [854]; et comme il était lui-même exclu par les enfants, l'hérédité déférée à ces derniers par le Sc. Orphitien l'était sans concurrence (4).

§ I.

858. Le Sc. Tertullien ayant appelé la mère seulement, et non l'aïeule [849], le Sc. Orphitien admit par réciprocité, *per contrarium* (5), les fils et les filles, sans admettre les petits-enfants. Ils n'ont succédé à leur aïeule que sous Théodose ; et c'est ici qu'il faut placer ce que Justinien a dit précédemment sur l'hérédité de cette dernière (6).

§§ II et III.

859. Le droit d'hérédité, réservé par la loi des Douze Tables à la famille du défunt, ne suivait pas hors de cette famille les membres qu'elle perdait par la *capitis deminutio ;* mais lorsqu'une législation plus récente fit dépendre certaines hérédités des liens du sang, et les déféra indépendamment de l'agnation à de simples parents, ceux-ci ont pu, même en changeant de famille, conserver des droits qui ne tiennent pas au lien de famille (7). De là vient la règle exprimée dans notre texte (8).

Nous reconnaîtrons donc ici deux systèmes de succession, qui diffèrent entre eux comme l'agnation et la cognation dont ils dépendent. En effet, la petite *capitis deminutio*, qui détruit la première sans altérer la seconde [244], suffit pour anéantir les droits que la loi des Douze Tables attache à l'agnation, sans uire aux droits qu e des lois postérieures, notamment les Sc.

(1) *Text. hic ; Ulp.* 26 *reg.* 7. — (2) *Paul.* 4 *sent.* 10, § 1. — (3) *Theod. C.* 11, *de suis et legit.*; *C.* 4, *de sc. orphit.* — (4) *Text. hic; Alex. C.* 1, *ad. sc. orphit.* — (5) *Pr., h. t.* — (6) § 15, *de her. quæ ab intest.* — (7) *Pomp. fr.* 11, *de suis et legit.* — (8) *Text. hic ; Ulp.* 27 *reg.* 5; *fr.* 1, § 8, *ad. sc. tertull.*

Tertullien et Orphitien, attachent à la simple cognation [1]; mais le lien du sang et la cognation, tout indissolubles qu'ils sont, restent méconnus par le droit civil relativement aux citoyens qui perdent ce titre [244]. Pour succéder, même en vertu du Sc. Tertullien, il faut donc être citoyen au moment de l'adition [2]; car, si l'hérédité légitime n'est plus uniquement un droit de famille, elle est toujours un droit civil [3].

Le § 3 sera expliqué avec le § 4 du titre suivant [870].

§ IV.

860. On suppose ici que l'hérédité légitime, déférée à plusieurs personnes concurremment, a été appréhendée par quelques unes seulement, et abandonnée par d'autres (*omiserint hereditatem*). La part de ces dernières accroît aux héritiers acceptants, *reliquis qui adierint* [4]; car en se portant héritiers ils ont acquis cette qualité, non seulement pour la portion qui leur était personnellement déférée, mais aussi pour toutes les autres parts qui ne seront point recueillies par leurs concurrents.

861. Ceux qui ont fait adition peuvent prédécéder (*ante decesserint*), c'est-à-dire décéder avant les autres, ou plutôt avant que l'accroissement s'opère, *antequam adcresceret* [5]; il y aura toujours accroissement, sinon pour ceux qui ont fait adition, du moins pour leurs héritiers (*heredibus eorum*). En effet, l'accroissement, qu'il ne faut pas confondre avec la substitution vulgaire, a lieu de portion à portion, indépendamment de la personne [611].

Par suite du droit d'accroissement admis entre ceux à qui l'hérédité a été déférée concurremment, on voit que la dévolution dont nous avons parlé ci-dessus [843] se restreint au cas où aucun d'eux ne devient héritier [6].

(1) *Ulp. fr.* 1, § 8, *eod.* — (2) *Paul.* 4 *sent.* 10, § 3; *Ulp. fr.* 1, § 4, *ad. sc. tertull.* — (3) *Paul. ibid.*, § 2. — (4) *Text. hic; Ulp.* 26 *reg.* 5. — (5) *Marcian. fr.* 9, *de suis et legit.* — (6) *Ulp.* 26 *reg.* 5.

TITRE V.

DE LA SUCCESSION DES COGNATS.

Au défaut des héritiers siens et des personnes que le préteur ou

TITULUS V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes præ-

tor et *constitutiones* vocant, et post legitimos (quorum numero sunt adgnati, et hi quos in locum adgnatorum tam supra dicta senatusconsulta *quam nostra erexit constitutio*) proximos cognatos prætor vocat.

1. Qua parte naturalis cognatio spectatur; nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege Duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur.

* Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis. *

2 Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

3. Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentium hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

4. Vulgo quæsitos nullum

les constitutions appellent avec eux; au défaut des héritiers légitimes (parmi lesquels sont les agnats et les personnes élevées au rang d'agnats, soit par les susdits sénatus-consultes, soit par notre constitution), le préteur appelle les plus proches cognats.

1. A leur égard, on s'attache à la parenté naturelle. Ainsi la loi des Douze Tables n'admet comme héritiers légitimes, ni les agnats qui ont subi la *capitis deminutio*, ni leurs descendants; mais le préteur les appelle en troisième ordre.

On excepte seulement le frère et la sœur émancipés, sans excepter aussi leur postérité. Une loi d'Anastase les appelle, avec les autres frères jouissant de l'intégrité de leurs droits, à l'hérédité légitime de leurs frère et sœur, non toutefois par égales portions, mais sauf une diminution facile à connaître par les termes mêmes de la constitution. Quant aux autres agnats d'un degré inférieur, quoiqu'ils n'aient subi aucune *capitis deminutio*, cependant la même loi place le frère et la sœur émancipés avant eux, et sans contredit avant les cognats.

2. Le préteur appelle aussi à succéder en troisième ordre, suivant leur proximité, les parents collatéraux unis par les femmes.

3. Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive sont aussi appelés, dans ce même ordre, à la succession du père naturel.

4. Les enfants nés d'un père

incertain n'ont point d'agnat; cela est évident, puisque l'agnation vient du père, et la cognation de la mère : or ils sont réputés n'avoir point de père. Par la même raison, on ne peut leur attribuer, même entre eux, le titre de consanguins ; car la consanguinité est une espèce d'agnation. Ils sont donc simplement cognats entre eux comme étant parents par leur mère. Aussi sont-ils tous admis à la possession de biens dans l'ordre où les cognats sont appelés suivant leur proximité.

habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio a matre sit : hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum igitur cognati sunt sibi, sicut ex matre cognati : itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

5. Ici nous devons nécessairement avertir que les agnats sont admis à l'hérédité, même au dixième degré, tant par la loi des Douze Tables que par l'édit prétorien qui donne la possession de biens aux héritiers légitimes; mais, à titre de proximité, le préteur ne promet la possession de biens qu'aux parents du sixième degré seulement, et, parmi ceux du septième, au fils ou à la fille des cousin ou cousine issus de germains.

5. Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege Duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo, a sobrino sobrinaque nato natæve.

EXPLICATION.

PR.

862. Nous avons parcouru jusqu'ici deux ordres de succession différents. Dans le premier, se sont trouvés d'abord, d'après la loi des Douze Tables, les héritiers siens [809] ; ensuite avec eux (*inter suos heredes*), d'après le droit prétorien, les en-

fants séparés de la famille paternelle par la *capitis deminutio* [820]; et enfin, d'après les constitutions du Bas-Empire, les enfants de la fille [831]. Dans le second ordre réservé par la loi des Douze Tables aux agnats, ont été admis *in locum adgnatorum*, par les Sc. Tertullien et Orphitien, la mère et ses enfants [847], et par Justinien [839], tous les neveux et nièces du défunt.

863. Dans ces deux premiers ordres, la proximité de parenté ne donne pas toujours une préférence certaine. Les petits-enfants, par exemple, sont préférés aux frères et sœurs qui occupent comme eux le second degré, et même aux père et mère qui occupent le premier [1] A défaut d'héritiers siens ou de descendants considérés comme tels, la priorité du degré établit une préférence relative entre les agnats seulement. Quel que soit leur degré, ils passent avant tous les cognats qu'une exception spéciale n'a pas mis au rang des agnats [838]. Si les parents au même degré succèdent concurremment, et si le plus proche exclut le plus éloigné, c'est donc à proprement parler, lorsque personne ne succède soit comme héritier sien, soit comme héritier légitime [2]. Alors, en effet, la priorité devient un titre de préférence absolu pour le troisième ordre (*a*) de possession de biens que le préteur accorde *proximitatis nomine* [3] aux parents du défunt, pourvu qu'ils aient été conçus avant son décès [4], qu'ils aient encore le titre de cognats au jour où ils demandent la possession de biens [5], et qu'ils n'aient été précédés par aucun autre, quand elle a été déférée [6].

864. Ce troisième ordre est une ressource offerte par le droit prétorien à ceux que le droit civil exclut. Cette ressource est la seule qui, jusqu'aux Sc. Tertullien et Orphitien, ouvrît à la mère et à ses enfants un droit de succession réciproque [7]: c'est la seule qui, jusqu'à Théodose, permît aux petits-enfants de succéder à leurs aïeul et aïeule maternels. Avant Justinien, il n'existait, pour les femmes, aucun autre moyen de succéder à

[1] § 11, *de grad. cognat.* V. 810, 857. — [2] § 12, *eod.* — [3] § 5, *h. t.* — [4] *Ulp. fr.* 1, § 8, *unde cognat.* — [5] *Julian. fr.* 3, *eod.* — [6] *Ulp. fr.* 1, §§ 6 *et* 7, *eod.* V. 842. — [7] *Pr. de sc. tertull.*

(*a*) *Tertio ordine* (§ 1, *h. t.*), et improprement *tertio gradu* (§ 2; V. § 3, *h. t.*); car *gradus* s'applique ordinairement au calcul des générations (V. § 7, *de grad. cogn.*).

leurs agnats [1], et pour les agnats eux-mêmes, de suppléer au défaut de dévolution [2]; sous Justinien enfin, l'agnation est encore un titre de préférence dont la privation relègue au troisième ordre tous les parents qu'une exception formelle n'appelle pas *inter legitimos* [3].

§ I.

865. En effet, le changement de famille rompt l'agnation sans détruire la parenté naturelle [244]; aussi le préteur admet-il, en troisième ordre avec tous les autres parents, les agnats *capite minuti* [4].

Le préteur considère la CAPITIS DEMINUTIO comme non avenue à l'égard des enfants qu'elle a séparés de la famille paternelle, et leur accorde les mêmes droits qu'aux enfants siens [821]: s'il en était de même entre collatéraux, les agnats *capite minuti* devraient venir en second ordre; mais la fiction prétorienne ne s'étend pas jusque-là. Le préteur n'ouvre ce second ordre qu'aux personnes appelées comme héritiers légitimes par le droit civil. Les agnats qui ont perdu ce titre ne peuvent donc se maintenir au second rang qu'en vertu d'une exception spéciale [5].

Nous avons déjà expliqué [839] celle qui résulte ici de la constitution d'Anastase.

§ II.

866. Ce qu'on vient de dire pour les parents privés du titre d'agnats s'applique naturellement à ceux qui ne l'ont jamais eu. Ainsi les parents par les femmes ne succèdent qu'en troisième ordre [6], sauf les exceptions précédemment introduites en faveur des ascendants et descendants, tant par les Sc. Tertullien et Orphitien [849, 857] que par les constitutions de Théodose [831] et de Justinien [839].

§ III.

867. Les enfants qui se trouvent dans une famille adoptive au décès du père naturel ne lui succèdent, même d'après le droit prétorien, ni en premier ordre, parce qu'ils n'ont plus

[1] § 3, *de legit. agnat. succ.* — [2] § 7, *eod.* — [3] § 1, *h. t.* — [4] *Text. hic*; *Ulp.* 28 *reg.* 9. — [5] *Gaius*, 3 *inst.* 26 *et* 27; *Pomp. fr.* 5, *unde cognat.* — [6] *Gaius*, 3 *inst.* 24 *et* 30.

gradum liberorum [823], ni en second ordre, parce qu'ils ne sont pas héritiers légitimes ; mais comme ils sont toujours parents de leur père, rien ne les empêche de se présenter en troisième ordre [1].

Justinien a modifié, sous ce rapport, les effets de l'adoption proprement dite ; mais la règle subsiste pour les émancipés qui se donnent eux-mêmes en adrogation [829].

868. Quant à la famille adoptive, l'adopté, en vertu de la parenté fictive qui l'unit à l'adoptant et à tous ses agnats, succède au premier comme héritier sien [825], et à tous les autres membres de la famille, soit en second ordre, parce qu'il est devenu leur agnat [835], soit même en troisième ordre, parce qu'il est aussi leur cognat [2] ; en effet, les agnats sont nécessairement cognats, tandis que les cognats ne sont pas toujours agnats [3]. L'adopté, en passant dans la famille de l'adoptant, devient l'agnat de tous les membres de cette famille, et par cela même il devient leur cognat [4] ; mais réciproquement aussi, en perdant le premier de ces titres, il perd par cela même le second, et ne vient plus à la possession de biens, même en troisième ordre [5].

Il ne peut donc s'y présenter comme cognat que parce qu'il est agnat, et tant qu'il conserve cette qualité ; mais alors quel intérêt peut-il avoir à venir en troisième ordre, lui qui pourrait arriver au second ? Il faut se rappeler à cet égard qu'avant Justinien, l'hérédité s'ouvrait une fois pour toutes, en faveur de l'agnat le plus proche, sans dévolution aux agnats du degré subséquent [843]. Ceux-ci avaient donc intérêt à se présenter comme cognats en troisième ordre [6].

§ IV.

869. Nous avons distingué des enfants légitimes que les justes noces placent dans la famille paternelle, des enfants naturels qui, nés du *concubinatus*, ont un père connu sans être dans sa famille, du moins tant qu'ils ne sont pas légitimés, et enfin des *spurii* à l'égard desquels la paternité, tout à fait incertaine, est comme n'existant pas : *patrem habere non intelliguntur* [7].

[1] *Text. hic* ; § 13, *de her. quæ ab intest.* — [2] *Ulp. fr.* 1, § 4, *unde cognat.* — [3] *Paul.* 4 *sent.* 8, § 14 ; *Modest. fr.* 5, *unde legit.* — [4] *Paul. fr.* 23, *de adopt.* — [5] *Julian. d. fr.* 3, *unde cognat.* — [6] § 7, *de legit. agnat. success.* V. *Gaius*, 3 *inst.* 22. — [7] § 12, *de nupt.* ; 155.

De là cette conséquence que les *spurii* ou *vulgo concepti* n'ont point d'agnats et ne sont pas même agnats entre eux. Ainsi donc, ils ne succéderont à leur père ou à ses parents, ni en second, ni en troisième ordre; car du côté paternel la cognation n'est pas moins incertaine que la paternité.

Les enfants naturels ne diffèrent en rien des *spurii* sous le rapport de l'agnation; car chacun d'eux naît *sui juris* et chef d'une famille dans laquelle ne se trouve aucune autre personne, ni par conséquent aucun agnat; mais puisqu'ils ont un père certain, ils ont aussi des parents paternels. Il semble donc qu'ils doivent succéder comme cognats, en troisième ordre, soit à leur père (*a*) et à ses parents, soit entre eux.

870. Ces distinctions ne s'appliquent point à la mère et aux parents maternels, parce que d'une part la maternité est toujours susceptible d'être prouvée, et parce que d'autre part la famille des enfants n'est jamais celle de leur mère. Relativement à cette dernière, ils sont tous confondus dans la classe des parents naturels. Aussi le préteur les admet-il tous indistinctement comme cognats (1). Pareillement, quant à l'hérédité légitime, les liens de famille qui n'existent pas entre la mère et ses enfants n'ont été, entre ces derniers, l'origine d'aucune différence. Exclus de l'hérédité maternelle par la loi des Douze Tables, ils le furent tous; admis par le Sc. Orphitien, ils le sont encore tous, sans excepter les *vulgo quæsiti* (*b*); aussi, dès que le droit civil les admit à l'hérédité, furent-ils tous appelés, comme légitimes (*c*), à la possession de biens en second ordre.

§ V.

871. Pour obtenir la possession de biens en troisième ordre,

(1) *Text. hic.*

(*a*) Leur droit dans la succession du père décédé intestat est réglé, par Justinien, au sixième de la totalité des biens, tant pour eux que pour leur mère (*nov.* 89, *ch.* 12, § 4).

(*b*) § 7, *de sc. tertyll.*; § 3, *de sc. orphit.*; *Paul.* 4 *sent.* 10, § 1; *Ulp. fr.* 1, § 2; *fr.* 2, §§ 1 *et* 3 *ad sc. tertyll.* Justinien (*C.* 5, *cod.*) veut que les *spurii* ne reçoivent rien, soit par donation entre-vifs, soit par testament ou ab intestat, d'une mère illustre qui aurait d'autres enfants nés de justes noces.

(*c*) *Pr. de success. cogn.*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *unde legit.* « Legitimis; hoc est quibus legitima potuit deferri hereditas. » (*Ulp. d. fr.* 2). « Qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est, cognatos. » (*Ulp. fr.* 1, *unde cogn.*)

le plus proche cognat ne doit pas être plus éloigné que le septième degré; car dans ce degré même le préteur n'admet que deux personnes, le fils et la fille (*nato natæve*) des cousin ou cousine issus de germains. Ainsi, le bénéfice de la possession de biens *unde cognati* n'existe dans toute sa latitude que jusqu'au sixième degré inclusivement ([1]). Dans le second ordre, au contraire, les agnats appelés, soit à l'hérédité par la loi des Douze Tables, soit à la possession de biens par le préteur, sont admis au huitième ou dixième degré ([2]), et même à un degré plus éloigné, car le dixième degré n'est ici qu'un exemple pris pour indiquer une distance aussi grande que possible dans le cours ordinaire de la vie, sans exclure les degrés ultérieurs s'il en existe. En effet, quand Ulpien ([3]) définit les agnats à qui peut arriver l'hérédité, loin de restreindre leur vocation par une limitation de degré, il l'étend au contraire à l'infini (*ceteri, si qui sint.... in infinitum*); et les autres textes s'accordent également pour admettre les agnats *etiam longissimo gradu* ([4]), *etiamsi longissimo gradu sint* ([5]).

([1]) *Text. hic; Ulp. fr. 1, § 3, unde cognat.* — ([2]) *Text. hic; Pap. fr. 9, eod.* — ([3]) *Fr. 2, § 1, de suis et legit.* — ([4]) *§ 3, de legit. agnat. success.* — ([5]) *§ 12, de grad. cognat.*

TITULUS VI.

DE GRADIBUS COGNATIONIS.

Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentium; inferior, liberorum; ex transverso, fratrum sororumve, eorumque qui quæve ex his progenerantur, et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior

TITRE VI.

DES DEGRÉS DE PARENTÉ.

Il est nécesaire d'exposer ici comment se comptent les degrés de cognation. On saura donc d'abord que la cognation est tantôt ascendante, tantôt descendante et tantôt transversale, autrement dite collatérale. La cognation ascendante est celle des père et mère; la cognation descendante, celle des enfants; la cognation collatérale, celle des frères ou sœurs et de leurs enfants, et conséquemment celle des oncles et tantes paternels ou maternels. Dans les cognations ascendante

et descendante, le plus proche est au premier degré; dans la cognation collatérale, il est au second.

1. Sont au premier degré, parmi les ascendants, le père et la mère; parmi les descendants, le fils et la fille.

2. Sont au second degré, parmi les ascendants, l'aïeul et l'aïeule; parmi les descendants, les petit-fils et petite-fille; parmi les collatéraux, les frère et sœur.

3. Sont au troisième degré, parmi les ascendants, le bisaïeul et la bisaïeule; parmi les descendants, les arrière-petit-fils et petite-fille; parmi les collatéraux, le fils et la fille d'un frère ou d'une sœur, et conséquemment les *patruus*, *amita*, *avunculus*, *matertera*. *Patruus* est le frère du père; *avunculus*, le frère de la mère; en grec, le premier s'appelle πατρῶος, le second μητρῶος, l'un et l'autre indistinctement θεῖος. *Amita* est la sœur du père; *matertera* est la sœur de la mère: l'une et l'autre s'appellent indistinctement θεῖα, et selon quelques uns τιτθίς.

4. Sont au quatrième degré, parmi les ascendants, le trisaïeul et la trisaïeule; parmi les descendants, les *abnepos*, *abneptis* (fils ou fille des arrière-petits-enfants); parmi les collatéraux, les petit-fils et petite-fille d'un frère ou d'une sœur, et conséquemment les grand-oncle et grand'tante paternels, c'est-à-dire les frère et sœur de l'aïeul, les grand-oncle et grand'tante maternels, c'est-à-dire

cognatio a primo gradu incipit; at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

1. Primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia.

2. Secundo supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, soror.

3. Tertio supra proavus, proavia; infra pronepos, proneptis; ex transverso fratris sororisque filius filia, et convenienter patruus amita, avunculus matertera. Patruus est frater patris, qui græce πατρῶος vocatur. Avunculus est frater matris, qui apud Græcos proprie μητρῶος et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero, matris soror: utraque θεία vel apud quosdam τιτθίς appellatur.

4. Quarto gradu supra abavus, abavia; infra abnepos, abneptis; ex transverso fratris sororisque nepos neptis, et convenienter patruus magnus amita magna, id est, avi frater et soror. Item avunculus magnus et matertera magna, id est, aviæ frater et soror, consobrinus consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed

quidam recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos vero qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari : si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

les frère et sœur de l'aïeule; les *consobrini* (cousins), c'est-à-dire les enfants de sœurs ou de frères. Mais, à proprement parler, suivant quelques uns, les *consobrini* sont les enfants de deux sœurs, comme si l'on disait *consororini;* les fils de deux frères se nomment *fratres patrueles;* leurs filles, *sorores patrueles*, et les enfants de frère et sœur, *amitini*. Les enfants de votre *amita* vous appellent *consobrini*, et vous les appelez *amitini*.

5. Quinto supra atavus, atavia; infra adnepos, adneptis; ex transverso fratris sororisque pronepos proneptis, et convenienter propatruus proamita, id est, proavi frater et soror, proavunculus promatertera, id est, proaviæ frater et soror. Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini consobrinæ, amitini amitinæ filius filia, propior sobrino sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius filia.

5. Sont au cinquième degré, parmi les ascendants, les *atavus* et *atavia* (père et mère des trisaïeux); parmi les descendants, les *adnepos* et *adneptis* (petit-fils et petite-fille des arrière-petits-enfants); parmi les collatéraux, les arrière-petits-fils et petites-filles des frère ou sœur, et conséquemment les *propatruus* et *propatrua*, c'est-à-dire les frère ou sœur du bisaïeul; les *proavunculus* et *promatertera*, c'est-à-dire les frère ou sœur d'une bisaïeule; les fils ou fille des cousin ou cousine, c'est-à-dire des *fratres* ou *sorores patrueles*, des *consobrinus* ou *cousobrina*, des *amitinus* ou *amitina;* le parent qui précède les *sobrinus* et *sobrina* (cousin ou cousine issus de germains), c'est-à-dire le fils ou la fille des grand-oncle ou grand'tante paternels ou maternels.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia; infra trinepos, trineptis; ex transverso fratris sororisque abnepos abneptis, et convenienter abpatruus

6. Sont au sixième degré, parmi les ascendants, les *tritavus* et *tritavia* (aïeul ou aïeule des trisaïeux); parmi les descendants, les *trinepos* et *trineptis* (arrière-

petit-fils et petite-fille des arrière-petits-enfants); parmi les collatéraux, les *abnepos* et *abneptis* des frère ou sœur, et conséquemment les *abpatruus* et *abamita*, c'est-à-dire les frère et sœur du trisaïeul; les *abavunculus* et *abmatertera*, c'est-à-dire les frère et sœur d'une trisaïeule; les *sobrinus* et *sobrina*, c'est-à-dire les enfants des *fratres* ou *sorores patrueles*, des *consobrini* ou *amitini*.

abamita, id est, abavi frater et soror, abavunculus abmatertera, id est, abaviæ frater soror. Item sobrini sobrinæque, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur.

7. Il suffira d'avoir indiqué jusqu'ici comment se comptent les degrés de cognation; on concevra facilement, par ce qui précède, le calcul des degrés ultérieurs, puisque chaque génération ajoute toujours un degré. Aussi est-il beaucoup plus facile de dire à quel degré se trouve une personne, que de la désigner par la dénomination spéciale de son degré de parenté.

7. Hactenus ostendisse sufficiet, quemadmodum gradus cognationis numerentur: namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus; quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

8. Les degrés d'agnation se comptent aussi de la même manière.

8. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

9. Toutefois, comme la vérité se grave plus profondément dans l'esprit du spectateur que dans l'esprit d'un simple auditeur, après avoir énuméré les degrés, nous avons cru devoir en tracer ici le tableau. Ainsi la théorie des degrés frappera en même temps l'œil et l'oreille des jeunes étudiants, qui pourront alors en avoir une connaissance parfaite.

9. Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus, post narrationem graduum etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

10. Un point certain, c'est que l'édit du préteur, qui promet la possession de biens par ordre de

10. Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis

nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere; nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur.

Sed nostra constitutione quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat) et hoc humanitate suggerente concessimus ut, si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et ii qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint et postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentium successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentium concepti sunt, sive ex eodem patre vel ex eadem matre, sive ex aliis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

11. Repetitis itaque omnibus quæ jam tradidimus, apparet non semper eos qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari; eoque amplius, ne eum quidem qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim

proximité, ne s'applique point à la parenté servile, qui n'était reconnue par aucune des lois anciennes.

Mais dans une constitution que nous avons donnée sur le droit de patronage, droit jusqu'à nous si obscur, si incertain et si confus, l'humanité nous a encore dicté de nouvelles concessions. Ainsi, lorsqu'un esclave aura un ou plusieurs enfants d'une femme libre ou esclave, et réciproquement lorsqu'une esclave aura d'un homme esclave ou libre des enfants de l'un ou de l'autre sexe, dans ce cas, si les père et mère parviennent à la liberté, et si les enfants dont la mère était esclave deviennent également libres, ou si les enfants d'une mère libre ont pour père un esclave qui ait ensuite obtenu sa liberté, ces enfants viendront tous à la succession de leurs père et mère, sans que l'on invoque ici le droit de patronage. Les enfants que nous avons ainsi appelés ne succéderont pas seulement à leurs père et mère; ils se succéderont aussi entre eux, et en vertu de la présente loi nous les appelons spécialement, soit qu'ils se trouvent tous esclaves de naissance et tous affranchis, soit qu'il y ait parmi eux des enfants conçus depuis l'affranchissement de leurs auteurs, soit qu'ils aient les mêmes père et mère, soit qu'ils aient seulement le même père ou la même mère, le tout comme s'ils étaient issus de justes noces.

11. En résumant les notions précédemment exposées, on voit que les parents du même degré ne sont pas toujours appelés concurremment, que le plus proche même n'obtient pas toujours la préférence. En effet, comme on admet en première ligne les héri-

tiers siens et les personnes qui leur sont, comme nous l'avons dit, assimilées, l'arrière-petit-fils ou son fils l'emportent évidemment sur le frère, et sur les père et mère du défunt, quoique les père et mère se trouvent, comme on l'a déjà vu, au premier degré de parenté, le frère au second, l'arrière-petit-fils au troisième et son fils au quatrième.

prima causa sit suorum heredum et eorum quos inter suos heredes jam enumeravimus, apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem matremque defuncti : cum alioquin pater quidem et mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus, et abnepos quarto ;

Et peu importe que ces derniers se trouvent ou ne se trouvent pas sous la puissance du défunt, soit parce qu'ils sont émancipés, soit parce qu'ils descendent d'un fils émancipé ou d'une fille.

Nec interest in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipato aut feminino sexu propagatus est.

12. Abstraction faite des héritiers siens et des personnes qui sont, comme nous l'avons dit, appelées avec eux, l'agnat qui a conservé son droit d'agnation l'emporte ordinairement, quelque éloigné que soit son degré, sur un cognat plus proche : en effet, le petit-fils ou l'arrière-petit-fils d'un oncle paternel passe avant les oncle et tante maternels. Ainsi donc, si nous disons que la préférence appartient au parent le plus proche, ou que les parents sont appelés concurremment, c'est en ce sens que personne ne devra être préféré, soit comme héritier sien ou comme assimilé aux héritiers siens, soit comme agnat, conformément aux règles précédemment exposées.

12. Amotis quoque suis heredibus et quos inter suos heredes vocari diximus, adgnatus qui integrum jus adgnationis habet etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus ; nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat secundum ea quæ tradidimus :

* Exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; qui et si capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus adgnatis. *

Nous exceptons les frère et sœur émancipés venant à la succession de leurs frère ou sœur; en effet, la *capitis deminutio* ne les empêche pas d'être préférés à des agnats plus éloignés.

EXPLICATION.

PR. §§ I, II, III, VIII et IX.

872. Ce qui vient d'être dit prouve suffisamment combien il importe de connaître les degrés qui déterminent la proximité de parenté entre cognats et entre agnats (1). Le calcul de ces degrés n'offre aucune difficulté sérieuse. Sans rien ajouter à ce que j'ai dit précédemment [129, 130], je renverrai ceux qui désirent de plus amples détails aux écrits que Paul (2) a laissés sur cette matière, sauf à joindre quelques notes au texte de Justinien, lorsqu'elles paraîtront nécessaires à son intelligence.

§ IV.

873. Consobrinus et consobrina ne se prennent pas toujours dans la même acception. Le plus ordinairement cette dénomination s'applique entre cousins sans distinction (3); mais plusieurs jurisconsultes la restreignent aux enfants de deux sœurs (4), en désignant par des noms particuliers les cousins nés de deux frères (*fratres patrueles*), ou d'un frère et d'une sœur (*amitinos*).

§§ V et VI.

874. Propior sobrino, c'est-à-dire le fils de mon grand-oncle ou de ma grand'tante (5), le cousin de mon père ou de ma mère, ainsi appelé parce qu'il est nécessairement d'un degré moins éloigné que son propre fils, qui serait mon *sobrinus* (6).

En effet, lorsque les cousins, *consobrini* (7), ont des enfants, ces derniers se nomment entre eux *sobrini* (8).

(1) § 8, *h. t.* — (2) 4 *sent.* 11; *fr.* 10, *de grad. et affin.* — (3) *Text. hic; Paul. d. fr.* 10, § 15. — (4) *Text. hic, in fin.; Paul.* 4 *sent.* 11, § 4. — (5) § 5, *h. t.* — (6) § 6, *h. t.* — (7) § 4, *h. t.* — (8) § 6, *h. t.*

§ VII.

875. Jusqu'au sixième degré, les parents se distinguent tous par une dénomination particulière dont la langue du droit ne fournit aucun exemple dans les degrés ultérieurs ([1]). On se contente de les désigner par le degré qu'indique le nombre des générations, *quippe semper generata persona gradum adjiciat.* Appliquez donc ici ce que nous avons dit précédemment [130].

§§ X, XI et XII.

876. Le lien du sang forme entre les esclaves comme entre les hommes libres une véritable parenté ([2]). Cependant cette parenté servile (*serviles cognationes*) ne profitait à personne. Lors même que les esclaves étaient devenus citoyens romains, la parenté servile suffisait pour empêcher les noces [149] sans donner aucun droit ni pour l'hérédité ni pour la possession de biens *unde cognati* ([3]).

Justinien déroge à cette rigueur par une constitution dont les dispositions seront mieux saisies, lorsque nous aurons vu dans le titre suivant comment se règle la succession des affranchis.

Les §§ 11 et 12 ont été expliqués avec le *principium* du titre précédent [863].

([1]) *Paul.* 4 *sent.* 11, § 7. — ([2]) *Paul. fr.* 10, § 5, *de grad. et affin.* — ([3]) § 10, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 10, § 5; *Ulp. fr.* 1, § 2, *unde cognat.*

TITRE VII.

DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS.

Occupons-nous maintenant des biens laissés par un affranchi. Autrefois les affranchis pouvaient, dans leur testament, omettre impunément leur patron; car la loi des Douze Tables ne l'appelait à l'hérédité qu'ab intestat et à défaut d'héritier sien. Ainsi lorsque l'affranchi, décédé intestat, laissait

TITULUS VII.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire: nam ita demum lex Duodecim Tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus nullo suo herede re-

licto. Itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse.

un héritier sien, le patron n'avait aucun droit. Il n'avait point lieu de s'en plaindre, lorsque l'héritier sien était un enfant naturel du défunt; mais il était évidemment injuste que le patron fût totalement exclu par un fils adoptif.

1. Qua de causa, postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret; et si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant; nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

1. Aussi cette iniquité du droit fut-elle ensuite corrigée par l'édit du préteur. En effet, l'affranchi qui faisait un testament devait laisser au patron la moitié de ses biens; s'il ne laissait rien ou s'il laissait moins de moitié, on donnait au patron la possession de biens *contra tabulas* pour moitié. Lorsque l'affranchi, décédé intestat, laissait pour héritier sien un fils adoptif, le patron obtenait encore contre cet héritier sien la possession de biens pour moitié. Les enfants naturels de l'affranchi excluaient le patron, non seulement lorsqu'ils se trouvaient sous la puissance du défunt à l'époque de sa mort, mais aussi lorsqu'ils étaient émancipés ou donnés en adoption : pourvu toutefois qu'ils fussent institués pour une portion quelconque, ou qu'ils eussent, en cas de prétérition, demandé la possession de biens *contra tabulas*; car les enfants déshérités n'excluaient aucunement le patron.

2. Postea lege Papia adaucta sunt jura patronorum qui locupletiores libertos habebant.

2. Dans la suite, la loi Papia étendit le droit du patron dont les affranchis étaient riches. D'après

cette loi, le patron devait avoir une part virile dans les biens de l'affranchi, lorsque celui-ci laissait un patrimoine de cent mille sesterces et moins de trois enfants, soit qu'il mourût testat ou intestat. Ainsi, lorsqu'il laissait pour unique héritier son fils ou sa fille, le patron devait avoir moitié, comme si le défunt eût laissé un testament et point d'enfant. Deux héritiers, fils ou filles, réduisaient le patron au tiers ; trois héritiers l'excluaient.

Cautum est enim ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. Itaque, cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset : cum vero duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono ; si tres reliquerat, repellebatur patronus.

3. Une de nos constitutions, celle qui, pour l'intelligence de tous, a été rédigée en grec et dans un style concis, établit sur cette matière les règles suivantes. Lorsque les affranchis sont moins que centenaires, c'est-à-dire lorsque leur fortune ne s'élève pas à cent sols d'or (taux auquel nous évaluons la somme fixée par la loi Papia, à raison d'un sol pour mille sesterces), le patron n'a aucun droit à leur succession, du moins s'ils ont fait un testament; mais s'ils décèdent intestats et sans enfants, alors le droit de patronage est maintenu intégralement tel que l'avait établi la loi des Douze Tables. Lorsqu'un affranchi plus que centenaire laisse pour héritiers ou pour possesseurs de biens un ou plusieurs enfants, quel que soit leur sexe ou leur degré, nous leur déférons la succession de leurs ascendants, à l'exclusion des patrons et de leur postérité. Dans le cas où l'affranchi décéderait sans enfants et sans testament, nous accordons toute l'hérédité aux patron et patronne ; s'il a fait un testament, en omettant ses patron ou patronne, soit que le testateur n'ait pas d'enfants, soit qu'il existe des enfants

3. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione græca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causas definivit, ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint ; sin autem intestati decesserint nullo liberorum relicto ; tunc patronatus jus (quod erat ex lege Duodecim Tabularum) integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentium deduximus, patronis omnibus una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem

fecerint, patronos autem vel patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierit, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes hoc onus redundaret, multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni patronæque quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est; ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumve pluriumve liberi sint, qui proximior est ad liberti seu libertæ vocetur successionem, et in capita non in stirpes dividatur successio, eodem modo et in iis qui ex transverso latere veniunt servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.

déshérités par le père ou omis par la mère et par l'aïeul maternel, en sorte que le testament ne puisse pas être attaqué comme inofficieux, alors, d'après notre constitution, le patron aura la possession de biens *contra tabulas*, non pour moitié, comme autrefois, mais pour le tiers des biens de l'affranchi, ou pour le complément prescrit par notre constitution, dans le cas où l'affranchi ne laisse pas au patron tout ce qui lui est dû. Ce tiers sera exempt de charges, et ne contribuera pas, même envers les enfants de l'affranchi, aux legs et fidéicommis que les cohéritiers du patron supporteront seuls. Nous avons réuni dans notre constitution plusieurs autres décisions que nous avons jugées nécessaires pour compléter cette législation : ainsi les patron et patronne, leurs enfants et leurs collatéraux jusqu'au cinquième degré, viendront à la succession des affranchis, comme on le verra par la constitution même; et s'il existe plusieurs descendants, soit d'un seul ou de plusieurs patrons, on appellera le plus proche à la succession de l'affranchi, qui sera divisée par têtes et non par souches. Il en sera de même entre collatéraux; car nous avons établi pour la succession des ingénus et pour celle des affranchis une règle à peu près uniforme.

4. Sed hæc de iis libertinis *hodie* dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt; *cum nec sunt alii liberti, simul et dedititiis et latinis sublatis;* cum latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ul-

4. Ce qui précède s'entend aujourd'hui des affranchis qui sont devenus citoyens romains. En effet, on n'en connaît pas d'autres, puisqu'il n'existe plus de latins ni de déditices; et d'ailleurs les latins ne laissaient jamais de succession légitime: en effet, quoiqu'ils vécussent libres, ils per-

daient, en rendant le dernier soupir, la vie et la liberté, et leurs biens étaient, comme ceux des esclaves, une sorte de pécule qui, en vertu de la loi Junia, restait au manumisseur. Plus tard, le sénatus-consulte Largien voulut que les enfants du patron, lorsqu'ils n'auraient point été nommément déshérités, fussent préférés, quant aux biens de l'affranchi latin, aux héritiers externes du patron. Enfin parut un édit de l'empereur Trajan relatif aux affranchis, qui obtiennent du prince le titre de citoyen romain, malgré leur patron ou à son insu : dans ce cas, le même homme était citoyen pendant toute sa vie, et latin en mourant.

Mais, dans une de nos constitutions, ces changements de conditions et plusieurs autres difficultés nous ont déterminé à supprimer pour toujours les latins, et avec eux la loi Junia, le sénatus-consulte Largien et l'édit de l'empereur Trajan. Ainsi les affranchis jouiront tous des droits de citoyens romains, et, par une admirable combinaison, au moyen de quelques dispositions additionnelles, les routes qui conduisaient à la condition de latin sont devenues le chemin de la cité romaine.

timo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris non nominatim exheredati facti extraneis heredibus eorum in bonis latinorum præponerentur. Quibus supervenit etiam divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio principis festinanabat, faciebat quidem vivum civem romanum, latinum vero morientem.

Sed nostra constitutione, propter hujusmodi conditionum vices et alias difficultates, cum ipsis latinis etiam legem Juniam et senatusconsultum Largianum et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romana fruantur; et mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias quæ in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus.

EXPLICATION.

PR.

877. D'après la loi des Douze Tables, l'hérédité d'un affranchi est déférée par testament aux institués, et ab intestat, aux héritiers siens. Jusque-là nulle différence entre l'ingénu et l'af-

franchi ; mais le premier peut laisser des agnats. L'autre n'en ayant jamais ; son patron et les enfants de ce dernier lui en tiennent lieu : c'est du moins ce qu'on peut induire de la disposition qui, dans la loi, défère au patron ou à ses enfants l'hérédité légitime de l'affranchi décédé intestat sans héritier sien [1].

Les femmes n'ont pas d'héritiers siens ; ainsi leurs enfants n'empêchaient point l'hérédité légitime d'arriver au patron de la défunte [2]. D'un autre côté, celui-ci n'avait rien à redouter du testament que l'affranchie, placée sous sa tutelle, ne faisait jamais qu'avec son autorisation [3]. L'affranchi, au contraire, pouvait facilement exclure son patron : il lui suffisait pour cela d'instituer un héritier, ou de se donner un héritier sien en prenant sous sa puissance un enfant adoptif [4].

§ I.

878. Le droit honoraire fut le premier qui prévint cet abus. Le préteur n'a point appelé le patron au préjudice des enfants naturels de l'affranchi. Soit qu'ils se trouvent dans la famille paternelle, soit qu'ils en aient été séparés par émancipation ou par adoption, il leur suffit de succéder comme héritiers institués, ou d'obtenir la possession de biens *contra tabulas*, pour exclure totalement le patron ; mais les enfants exhérédés, n'étant admis ni à l'hérédité, ni à la possession de biens *contra tabulas*, ne lui font aucun obstacle.

Quant aux enfants adoptifs, le préteur a voulu qu'ils ne pussent, en aucun cas, exclure entièrement le patron : ainsi, malgré l'existence d'un héritier sien adoptif, le patron d'un affranchi décédé intestat obtient, à titre de possession de biens, la moitié de la succession. Pareillement, en cas de testament, la moitié qui n'aurait pas été laissée au patron par les dispositions testamentaires lui est accordée par une possession de biens CONTRA TABULAS [5].

§ II.

879. D'après la loi des Douze Tables, les enfants, c'est-à-dire les fils ou filles du patron mâle avaient, à défaut de leur père,

(1) *Text. hic ; pr., de legit. patron. tut.; Gaius, 3 inst. 40 et 45 ; Ulp. 27 reg. 1 ; fr. 3, de suis et legit.* — (2) *Ulp. 29 reg. 2.* — (3) *Gaius, 1 inst. 192 ; 3 inst. 43.* — (4) *Text. hic ; Gaius, 3 inst. 40.* — (5) *Text. hic ; Gaius, 3 inst. 41 ; Ulp. 29 reg. 1.*

les mêmes droits que lui (1) ; mais le droit honoraire, en accordant au patron et à ses enfants mâles les possessions de biens dont nous venons de parler, les refusait à la patronne et aux filles du patron. Ainsi, les femmes ne succédaient à leurs propres affranchis, et à ceux de leur père, que conformément à la loi des Douze Tables. La loi Papia Poppæa, plus indulgente, favorise les femmes qui ont eu un certain nombre d'enfants, en étendant jusqu'à elles la possession de biens *contra tabulas* que le préteur réservait au patron et à ses enfants mâles (2).

Cette même loi, plus favorable aux patrons que le droit prétorien, veut qu'ils ne soient pas toujours exclus par les enfants. Elle accorde une part virile au patron, lorsque l'affranchi testat ou intestat laisse moins de trois enfants et un patrimoine de cent mille sesterces (3). En évaluant le sesterce, c'est-à-dire quatre as ou le quart du denier d'argent, à 21 centimes, cent mille sesterces équivalent à 21,000 fr.

La loi Papia Poppæa accorde le même avantage aux femmes, dans la succession de leurs affranchis, lorsqu'elles ont procréé un certain nombre d'enfants; mais dans ce même cas, l'assimilation n'existe complétement que pour les ingénues (4).

§ III.

880. Justinien évalue, ou plutôt réduit, pour son temps, les cent mille sesterces de la loi Papia Poppæa, portée sous le règne d'Auguste. Pour mille sesterces, valant 21,000 centimes ou 210 fr., il ne compte qu'un denier d'or (*unus aureus*) qui vaut 25 deniers d'argent, cent sesterces ou 21 fr. ; ce qui fait pour cent mille sesterces 2,100 fr. Le taux de Justinien est donc exactement le dixième du taux fixé, sous Auguste, par la loi Papia Poppæa.

Cette limite sert encore à déterminer les droits du patron, mais seulement lorsque l'affranchi laisse un testament ; on distingue, en effet, si le testateur est *minor* ou *major centenariis*. Dans le premier cas, le patron n'a que ce que lui attribue le testament ; dans le cas contraire, Justinien lui conserve la possession de biens *contra tabulas* [878], en la réduisant de la moitié au tiers.

(1) *Pr., de legit. patron. tut.* V. *Gaius*, 3 *inst.* 45. — (2) *Ulp.* 29 *reg.* 5, 6 *et* 7. V. *Gaius*, 3 *inst.* 46, 47 *et* 48. — (3) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 5. — (4) *Gaius*, 3 *inst.* 50. V. *Ulp.* 29 *reg.* 6.

881. Ab intestat, il est très-difficile de préciser ce qu'a établi Justinien dans cette compendieuse constitution (*compendioso tractatu habito*), dont nous avons ici un extrait si diffus.

L'empereur annonce que le patron, lorsqu'il n'existe aucun enfant, est réintégré dans les droits que lui attribuait la loi des Douze Tables, et cependant le patron se trouve exclu de la succession de tout affranchi, sans distinction de sexe, par tous les enfants ou descendants, même lorsque leur naissance a précédé la manumission du défunt. Ainsi, la parenté servile est admise en ligne directe descendante, à l'exclusion des patrons, *jure patronatus in hac parte sopito* (1); mais ce n'est pas tout.

Justinien veut de plus que les enfants de l'affranchi se succèdent entre eux, comme ils succèdent à leurs père et mère. Ainsi le patron sera exclu par les frères et sœurs. Il le sera aussi par les ascendants, suivant un autre texte où se retrouve la formule, PATRONATUS JURE IN HAC PARTE SOPITO (2).

C'est donc en quatrième ordre seulement que Justinien admet les patrons de l'un ou de l'autre sexe, ensuite leurs enfants, et enfin leurs parents ou cognats, jusques et compris le cinquième degré. Comment concevoir alors l'uniformité ou la presque uniformité qu'il prétend avoir établie entre la succession des ingénus et celle des affranchis (3). Il faut, je crois, distinguer deux classes de successeurs, savoir : 1° les parents du défunt; 2° le patron et ses parents jusqu'au cinquième degré. Dans la première classe, la succession de l'affranchi semble déférée, comme celle des fils de famille [846], à ses enfants, à ses frères et sœurs, enfin à ses ascendants; dans la seconde classe, le patron et ses parents succèdent à l'affranchi comme s'il était leur parent, c'est-à-dire par les possessions de biens *unde legitimi* ou *unde cognati* (4).

882. Lorsque les enfants du patron succèdent à un affranchi, la préférence entre eux se détermine par la priorité du degré. Ceux qui se trouvent au même degré succèdent par têtes et non par souches. Il en est de même pour les collatéraux d'un ou de plusieurs patrons. A cet égard, Justinien ne fait que confirmer l'ancien droit (5).

(1) § 10, *de grad. cognat.* V. *Justin. C.* 4, § 8, *de jur. patron.* — (2) *Justin. d. C.* 4, *de bon. libert.* — (3) *Text. hic.* V. § 5, *de bon. possess.* — (4) V. *d.* § 5, *de bon. possess.* — (5) *Gaius*, 3 *inst.* 60, 61, 62 ; *Ulp.* 27 *reg.* 3 *et* 4 ; *Julian. fr.* 23, §§ 1 *et* 2, *de bon. libert.*

§ IV.

883. Les règles précédemment exposées sur la succession des affranchis supposent que le défunt était citoyen romain. En effet, les latins Juniens n'avaient jamais d'héritier. Le patron conservait sur leurs biens tous les droits qu'un maître a sur le pécule de ses esclaves; ces biens étaient censés avoir appartenu au patron, par conséquent avoir été compris dans sa succession et transmis, comme biens héréditaires, aux héritiers du patron prédécédé. Or il arrive souvent que les enfants ne sont pas héritiers de leur père, et dans ce cas le Sc. Largien, porté en 795, sous le règne de Claude, attribue les biens du latin Junien aux enfants du patron prédécédé, par préférence à l'héritier externe qui a recueilli l'hérédité de leur père, excepté cependant lorsque les enfants sont formellement exhérédés [1].

884. L'édit de Trajan, dont parle notre texte, concerne les latins Juniens à qui le prince accorde les droits de cité, malgré le patron ou à son insu. Citoyens romains pendant toute leur vie, ils étaient considérés à leur mort, et relativement au patron, comme latins, en sorte que celui-ci reprenait leurs biens par préférence aux enfants du défunt [2].

Quant aux déditices, et relativement aux biens par eux acquis, on considérait le défunt comme citoyen ou comme latin, suivant le mode d'affranchissement employé à son égard, et abstraction faite des autres causes qui l'avaient empêché d'obtenir l'un ou l'autre titre [3].

Dans la législation justinienne, les affranchis sont tous citoyens romains [4].

[1] *Text. hic.* V. *Gaius*, 3 *inst.* 56 *et seqq.* — [2] *Text. hic. Gaius*, 3 *inst.* 72, 73. — [3] *Gaius*, 3 *inst.* 74. — [4] *Text. hic.* V. 84.

TITRE VIII.

DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS.

Pour terminer ce qui concerne les biens des affranchis, on saura que, d'après un sénatus-consulte, bien que les enfants du patron,

TITULUS VIII.

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus censuisse senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos

qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen licere parenti uni ex liberis adsignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur cui adsignatus est; et ceteri liberi qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in iis bonis habeant. Sed ita demum pristinum jus recipiunt, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

1. Nec tantum libertum sed etiam libertam, et non tantum filio nepotive sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.

2. Datur autem hæc adsignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis quos in potestate habet, adsignare ei libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

3. Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento; sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est Suillo Rufo et Osterio Scapula consulibus.

lorsqu'ils sont au même degré, soient tous également appelés aux biens de l'affranchi, néanmoins le père peut assigner cet affranchi à l'un de ses enfans; en sorte que celui-ci, après la mort du père, soit seul considéré comme patron, tandis que les autres enfants qui, à défaut d'assignation, auraient eu part aux biens de l'affranchi, n'y auront plus aucun droit. Ils ne recouvrent celui qu'ils avaient, qu'autant que l'enfant, au profit duquel l'assignation est faite, est décédé sans postérité.

1. On peut assigner un affranchi, de l'un comme de l'autre sexe, non-seulement aux fils ou petits-fils, mais encore à une fille ou petite-fille.

2. Cette faculté d'assigner est donnée à l'ascendant qui a deux enfants au moins sous sa puissance, et c'est à ces mêmes enfants qu'on lui permet d'assigner l'affranchi. De là cette question : si l'on émancipe l'enfant à qui l'assignation était faite, l'assignation est-elle détruite? On a décidé l'affirmative, et telle était l'opinion de Julien, admise par le plus grand nombre.

3. Il importe peu qu'on assigne par testament ou sans testament; les patrons ont aussi le choix des expressions qu'ils voudront employer, et cela d'après le sénatus-consulte même, qui a été porté pendant le règne de Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et d'Ostérius Scapula.

EXPLICATION.

PR.

885. Par exception à la règle qui appelle tous les enfants du patron prédécédé à l'hérédité de l'affranchi, nous voyons ici cette même hérédité attribuée en totalité (*uni ex liberis*) à l'un des enfants, comme s'il était seul, et comme s'il avait lui-même conféré la liberté à l'affranchi de son père (*ut si solus patronus habeatur*). Il faudrait, en effet, que cet enfant mourût sans postérité, pour que les autres reprissent le droit que leur attribue concurremment la règle générale ([1]).

§ I.

886. L'exception dont il s'agit résulte du choix que le patron peut faire entre les enfants qu'il a sous sa puissance ([2]), en assignant un affranchi de l'un ou de l'autre sexe, soit à un fils ou petit-fils, soit à une fille ou petite-fille ([3]); et cela quand même les petits-enfants devraient retomber sous la puissance de leur père ([4]).

Le choix du patron ne s'exerce donc pas seulement parmi les fils de famille qui, se trouvant au même degré, viendraient concurremment à la succession de l'affranchi. L'assignation faite au profit d'un fils de famille lui attribue la préférence même sur les descendants des degrés antérieurs ([5]).

§ II.

887. Ce qu'on a dit pour l'assignation d'un affranchi à l'un des enfants, n'empêche pas d'assigner un ou plusieurs affranchis à un ou à plusieurs enfants ([6]), pourvu que ces derniers soient fils de famille ([7]); et cependant, d'après une opinion qui a prévalu, le patron qui a plusieurs enfants sous sa puissance peut faire l'assignation, soit au profit de l'un d'eux, soit même au profit d'un émancipé ([8]).

([1]) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, *de assign. libert.*—([2]) § 2, *h. t.*— ([3]) *Text. hic.*—([4]) *Ulp. fr.* 3, §§ 2 *et* 3, *de assign. libert.* — ([5]) *Ulp. d. fr.* 3, *pr. et* § 1, *de assign. libert.* — ([6]) *Ulp. fr.* 1, *eod.*— ([7]) *Text. hic*; *Pomp. fr.* 13, § 1, *de assign. libert.*— ([8]) *Modest. fr.* 9, *eod.*

§ III.

888. La volonté d'assigner un affranchi n'est soumise à aucune solennité. Elle peut être manifestée verbalement ou par signe, entre-vifs ou par acte de dernière volonté [1]; et pour révoquer une assignation déjà faite, il suffit aussi de manifester une volonté contraire, par exemple, en émancipant le fils de famille à qui l'affranchi était assigné [2].

Cette faculté d'assigner dérive d'un sénatus-consulte porté sous le règne de Claude et pendant le consulat de S. Rufus et de Scapula, c'est-à-dire l'an de Rome 799, et de l'ère chrétienne 46 [3].

[1] *Text. hic ; Ulp. fr.* 1, § 3 ; *Scævol. fr.* 7, *eod.*— [2] *Ulp. fr.* 1, § 4, *eod.*— [3] *Text. hic ; Ulp. fr.* 1, *de assign. libert.*

TITULUS IX.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS (*a*).

Jus bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint : nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a prætore adjuvabatur.

Sed et is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

TITRE IX.

DES POSSESSIONS DE BIENS.

Le système des possessions de biens a été introduit par les préteurs, pour modifier l'ancien droit; et ils l'ont ainsi modifié, non seulement comme on l'a dit plus haut, dans les dispositions relatives à l'hérédité des intestats, mais pour le cas même où le défunt laisse un testament. En effet, lorsqu'on instituait un posthume externe, il ne pouvait, d'après le droit civil, faire adition d'hérédité, puisque l'institution n'était pas valable ; et cependant, d'après le droit honoraire, il obtenait la possession de biens, parce que le préteur venait à son secours.

Mais aujourd'hui on peut, d'après notre constitution, instituer valablement ce même posthume, que le droit civil ne méconnaît plus.

(*a*) Bonorum possessio, que je traduis par *possession de biens*, n'a rien de commun avec la Possessio bonorum dont s'occupe le titre XII.

1. Quelquefois cependant le préteur promet la possession de biens, non pour modifier ni pour combattre l'ancien droit, mais plutôt pour le confirmer. En effet, dans le cas même où il existe un testament régulier, le préteur donne aux héritiers institués la possession de biens *secundum tabulas*. Pareillement ab intestat, il appelle à la possession de biens les héritiers siens et les agnats, qui, indépendamment de la possession de biens, viennent à l'hérédité d'après le droit civil.

2. Ceux qui ne sont appelés à l'hérédité que par le préteur, ne deviennent pas directement héritiers ; car ce titre ne peut pas être conféré par le préteur, mais seulement par la loi ou par les actes qui sont, comme la loi, constitutifs du droit, tels que les sénatus-consultes et les constitutions impériales. Toutefois ceux qui reçoivent du préteur la possession de biens sont assimilés aux héritiers et se nomment possesseurs de biens. La possession de biens se donne encore dans plusieurs autres catégories, que le préteur a établies pour que personne ne mourût sans successeur. En effet, le droit de recueillir l'hérédité, restreint par la loi des Douze Tables dans les limites les plus étroites, a reçu du préteur une extension conforme à l'équité.

3. Les possessions de biens testamentaires sont, premièrement, la possession accordée aux enfants omis, dite *contra tabulas* ;

1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem : nam illis quoque qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat ; sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

2. Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt ; nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem juris constitutionem, heredes fiunt, veluti per senatusconsulta et constitutiones principales ; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat ne quis sine successore moreretur : nam angustissimis finibus constitutum per legem Duodecim Tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit.

3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ : prima, quæ præ-

teritis liberis datur, vocaturque CONTRA TABULAS; secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur SECUNDUM TABULAS. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit : et primo loco suis heredibus, et iis qui ex edicto prætoris inter suos connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur UNDE LIBERI; secundo, legitimis heredibus; tertio, decem personis quas extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ : pater mater, avus avia tam paterni quam materni, item filius filia, nepos neptis tam ex filio quam ex filia, frater soror sive consanguinei sunt sive uterini); quarto, cognatis proximis; quinto, TAMQUAM EX FAMILIA; sexto patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus; septimo, viro et uxori; octavo, cognatis manumissoris.

secondement, celle que le préteur promet à tous les héritiers légalement institués, et qui, pour cette raison même, est dite *secundum tabulas*. Après avoir parlé des testaments, le préteur s'occupe des intestats : il donne la possession de biens, premièrement aux héritiers siens, et à ceux que l'édit prétorien leur assimile, et alors elle s'appelle *unde liberi*; secondement, aux héritiers légitimes; troisièmement, à dix personnes qu'il préfère au manumisseur étranger, savoir aux père et mère, aïeul et aïeule paternels ou maternels, aux fils et fille et à leurs enfants, aux frère et sœur consanguins ou utérins; quatrièmement, aux plus proches cognats; cinquièmement, *tanquam ex familia*, aux personnes considérées comme étant de la famille; sixièmement, aux patron et patronne, à leurs enfants et à leurs père et mère; septièmement, au conjoint; huitièmement, aux cognats du patron.

4. Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio. A nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, CONTRA TABULAS quidem et SECUNDUM TABULAS bonorum possessiones admisimus ut pote necessarias constitutas, nec non ab intestato UNDE LIBERI et UNDE LEGITIMI bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est UNDE DECEM PERSONÆ, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus :

4. Telles sont les possessions de biens introduites par la juridiction prétorienne. Toutefois nous n'avons rien laissé sans examen; nos constitutions, qui ont tout revisé, ont admis comme indispensables les possessions de biens *contra tabulas* et *secundum tabulas*, et même ab intestat, les possessions de biens *unde liberi* et *unde legitimi*. Quant à celle qui venait en cinquième ordre dans l'édit du préteur, c'est-à-dire la possession *unde decem personæ*, nos vues bienveillantes et une courte démonstration ont prouvé qu'elle était superflue. En effet, cette

possession de biens préférait dix personnes au manumisseur étranger; mais la constitution que nous avons faite sur l'émancipation des enfants donne à tous les ascendants l'avantage d'affranchir avec la convention de fiducie qui devient une clause tacite de la manumission même, et rend cette cinquième possession de biens superflue. Aussi l'avons-nous supprimée, en mettant à sa place celle qui venait auparavant la sixième et qui devient la cinquième. C'est la possession de biens que le préteur promet aux plus proches cognats.

cum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur præfata quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, et quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

5. Au septième rang se trouvait précédemment la possession de biens *tamquam ex familia;* et au huitième, celle que l'édit promet aux enfants des patron et patronne, ainsi qu'à leurs père et mère; mais l'une et l'autre ont été entièrement supprimées par notre constitution sur le droit de patronage. En effet, puisque nous avons rendu la succession des affranchis semblable à celle des ingénus, en la restreignant seulement au cinquième degré, pour laisser une différence entre les ingénus et les affranchis, les possessions de biens *contra tabulas*, *unde legitimi* et *unde cognati* suffiront à ces derniers pour exercer leurs droits, sans recourir aux subtilités, aux inextricables détours des deux autres possessions de biens.

5. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio TAMQUAM EX FAMILIA, et octavo UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM, utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus: cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos et libertinos differentia, sufficit eis tam CONTRA TABULAS bonorum possessio quam UNDE LEGITIMI et UNDE COGNATI, ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate et inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto.

6. Une autre possession de biens, dite *unde vir et uxor*, occupait anciennement la neuvième place: nous l'avons conservée en pleine vigueur, en la faisant monter au sixième rang. Une dixième possession de biens que l'on donnait jadis aux cognats du patron, se trouve avec raison supprimée pour les motifs ci-dessus détaillés; il ne reste donc plus en vigueur que six possessions de biens ordinaires.

6. Aliam vero bonorum possessionem quæ UNDE VIR ET UXOR appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco, id est sexto, eam posuimus: decima veteri bonorum possessione, quæ erat UNDE COGNATI MANUMISSORIS, propter causas enarratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant suo vigore pollentes.

7. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio quibus ut detur, lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est. Quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

7. A leur suite se présente une septième possession de biens que les préteurs ont introduite par les plus sages motifs. Elle est promise, par la dernière disposition de l'édit, aux personnes à qui une loi, un sénatus-consulte ou une constitution prescrit de la donner. Le préteur ne lui assigne aucun rang déterminé, ni parmi les possessions de biens qui se donnent ab intestat, ni parmi celles qui supposent un testament. C'est un dernier recours, un recours extraordinaire qu'il accorde selon que la circonstance l'exige, c'est-à-dire aux personnes appelées, soit en cas de testament, soit ab intestat, par les lois, par un sénatus-consulte, ou, dans le droit nouveau, par les constitutions des princes.

8. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ, ne actiones creditorum differrentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit.

8. Le préteur avait ainsi distingué plusieurs ordres de successibles, en fixant leur rang; mais souvent le même ordre comprend des parents de différents degrés. Or il importait que l'action des créanciers ne fût pas indéfiniment retardée, qu'ils eussent à qui s'adresser, et qu'ils ne se fissent pas envoyer trop aisément en possession des biens du défunt pour garantir ainsi leurs intérêts. Aussi le préteur a-t-il fixé un délai pour demander la possession de biens : il accorde une année aux enfants et aux ascendants, tant naturels qu'adoptifs, et cent jours à tous autres.

9. Et si intra hoc tempus

9. Si l'un des appelés laisse

expirer le délai sans demander la possession de biens, elle accroît aux autres personnes du même degré, s'il y en a. Dans le cas contraire, le préteur, d'après l'édit successoral, promet la possession de biens au degré subséquent, comme s'il n'était précédé par personne. Lorsque celui à qui la possession de biens était déférée la répudie, les autres personnes sont immédiatement admises en vertu du même édit, sans attendre l'expiration du délai ci-dessus fixé.

10. Dans le délai fixé pour demander la possession de biens, on ne compte que les jours utiles.

A cet égard, les princes antérieurs ont encore sagement établi que nul ne devra s'astreindre à demander la possession de biens, et que l'intention d'accepter, manifestée d'une manière quelconque dans les délais fixés, suffira pour obtenir ce bénéfice dans toute sa plénitude.

aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit; vel si nemo sit deinceps, ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur; sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

10. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.

* Sed bene anteriores principes
* et huic causæ providerunt, ne quis
* pro petenda bonorum possessione
* curet; sed quocumque modo, si
* admittentis eam indicium intra
* statuta tamen tempora ostenderit,
* plenum habeat earum beneficium.*

EXPLICATION.

PR.

889. En examinant ce que deviennent, après la mort d'une personne, l'ensemble et l'universalité des droits qui existaient pour elle ou contre elle, et comment ces droits passent à une ou plusieurs personnes vivantes qui prennent la place du défunt, le représentent et lui succèdent, nous avons attribué à deux sources différentes [527] les règles d'après lesquelles cette succession s'opère. De nombreux exemples ont confirmé la distinction établie entre l'hérédité ou succession civile, et la possession de biens ou succession prétorienne.

Dans la première, l'ancien droit civil ou la loi des Douze Tables s'occupait moins de chercher des successeurs au défunt, que d'en choisir un petit nombre parmi les membres de sa famille. L'hérédité était déférée par testament aux institués ; ab intestat, on y appelait : 1° les héritiers siens ; 2° pour la succession d'un ingénu, les agnats, et à leur défaut les gentils, *gentiles* [809], et pour la succession d'un affranchi le patron ou ses enfants. Après eux, nul ne succédait ; les biens du défunt, restés vacants, devaient appartenir au fisc. Le droit prétorien, au contraire, s'attache à ne point laisser le défunt sans successeur *ne quis sine successore moreretur* (¹) : aussi le droit de succession, restreint, sous le titre d'hérédité, dans les étroites limites que lui assignaient les Douze Tables, prend-il dans le droit honoraire, et sous le titre de *bonorum possessio*, une extension plus équitable (²).

890. Les préteurs ne se contentèrent point de suppléer à l'insuffisance du droit civil ; en s'attachant à des principes plus humains (*a*), leur système compléta celui de la loi des Douze Tables et en mitigea la rigueur (*b*). C'est en considérant les possessions de biens sous ce rapport, que Justinien les présente ici comme ayant pour objet (*emendandi veteris juris gratia*) de corriger l'ancien droit, tandis que dans plusieurs autres cas, elles venaient au contraire confirmer et appuyer ses dispositions (³).

Les possessions de biens qui corrigent la rigueur du droit civil se donnent soit ab intestat, soit même lorsqu'il existe un testament. Justinien ne rappelle ici aucun exemple des premières, sans doute parce que nous devons encore avoir sous les yeux ce qu'il a dit précédemment des possessions de biens *unde liberi* [820,] et *unde cognati* [862]. Quant aux secondes, elles se donnent, soit *contra tabulas* pour empêcher l'effet du testament dans lequel les enfants qui sont héritiers siens, ou considérés comme tels par le préteur, n'ont été ni institués ni déshérités [573] ; soit, au contraire, *secundum tabulas*, tant pour

(¹) § 2, *h. t.* — (²) § 2, *in fin.*, *h. t.* — (³) *Pap. fr.* 7, *de just. et jur.* V. § 1 *et* § 2 *in fin.*, *h. t.*

(*a*) « *Humano proposito.* — *Laudamus quidem prætores suæ humanitatis.* » (§ 3, *de legit. agn. succ.*)

(*b*) « *Paulatim asperitatem juris corrigentes, sive quod deerat adimplentes.* » (*D.* § 3, *de legit. agn. succ.*)

confirmer les institutions valables que pour valider certaines institutions, qui autrement resteraient inutiles, par exemple, lorsque le testament, conforme au droit prétorien, ne réunit pas toutes les solennités requises par le droit civil [531], quelquefois même lorsqu'il a été infirmé [643], et spécialement lorsqu'on a institué un posthume externe [724].

891. Dans ces exemples et autres semblables, les préteurs, malgré l'importance des modifications résultant de leurs édits, ne dérogeaient point ouvertement à la loi. Ils profitaient de son silence pour admettre les personnes qu'elle négligeait, sans jamais ouvrir la possession de biens aux personnes que le droit civil exclut expressément de l'hérédité (1).

§ I.

892. Le préteur confirme le droit civil, lorsqu'il appelle à la possession de biens les personnes qui sont appelées à l'hérédité.

Ainsi, par exemple, l'institution valable, d'après le droit honoraire, peut également valoir d'après le droit civil; et dans ce cas, les institués obtiennent, avec l'hérédité, la possession de biens *secundum tabulas* (2). Pareillement, les possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi*, qui se donnent conjointement aux héritiers siens et aux enfants que le préteur considère comme héritiers siens [572, 820], confirment le droit civil pour les premiers, tandis qu'elles le corrigent pour les seconds. Il existe même une possession de biens purement confirmative du droit civil, la possession UNDE LEGITIMI, que le préteur accorde ab intestat aux *legitimi*, c'est-à-dire aux agnats et aux autres personnes qui viennent à l'hérédité en second ordre (3).

Dans les différents cas dont nous venons de parler, la possession de biens n'est pas inutile pour les héritiers qui l'obtiennent (4).

§ III.

893. Examinons les différents ordres de possessions de biens.

Les préteurs, à l'exemple de la loi des Douze Tables, règlent d'abord la succession testamentaire et ensuite celle des intestats (5). Lorsqu'il existe un testament, deux possessions de biens

(1) *Ulp. fr.* 12, § 1, *de bon poss.* — (2) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *de b. p. sec. tab.* — (3) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *unde legit.*; *Paul. fr.* 3, *eod.* — (4) *Caius*, 3 *inst.* 34; V. § 3, *de Interd.* — (5) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *si tab. test. null.*

se donnent, l'une malgré le testament et contre ses dispositions, l'autre conformément aux intentions du testateur. En effet, le préteur examine d'abord s'il y a lieu de rescinder le testament en faveur des enfants omis par un ascendant paternel, et dans ce cas il donne à ces derniers (*liberis prœteritis*) la possession de biens *contra tabulas;* mais à leur défaut, soit qu'ils décèdent ou laissent expirer le temps fixé pour demander cette possession de biens, le préteur qui favorise la volonté du testateur en lui accordant souvent plus de latitude que le droit civil, admet les institués *secundum tabulas* (1).

894. Ab intestat, le texte énumère huit possessions de biens. Les deux premières, accordées UNDE LIBERI aux enfants qui sont héritiers siens ou considérés comme tels (2), et UNDE LEGITIMI (3) aux héritiers légitimes, ne souffrent aucune difficulté. Cette même énumération comprend une possession de biens à laquelle Justinien a déjà consacré un titre spécial (*tit.* 5), celle des cognats UNDE COGNATI (4); mais ici, au lieu de venir au troisième ordre, elle n'arrive qu'au quatrième. Quelles sont donc les dix personnes qui occupent le troisième rang? Ce sont dix cognats que, dans un cas particulier, le préteur croit devoir préférer à l'un des héritiers légitimes.

895. Il faut supposer, en effet, que le défunt est un ingénu émancipé sans fiducie, en sorte qu'il a pour patron un étranger [200]. Ce *manumissor extraneus* est admis à l'hérédité légitime : on devrait donc aussi l'admettre en second ordre à la possession de biens UNDE LEGITIMI; mais, par équité, le préteur choisit, parmi les parents de l'émancipé qui n'a plus d'agnat, les dix personnes, UNDE DECEM PERSONÆ (5), que notre texte désigne. On les préfère, non pas au patron d'un véritable affranchi, ni au père considéré comme patron des enfants par lui émancipés, mais à l'étranger (*extraneo manumissori*) dont les droits reposent uniquement sur un titre fictif, sans aucun lien du sang; et néanmoins, à défaut des dix cognats qu'on lui préfère, cet étranger reprendrait en second ordre le rang qui lui appartient comme héritier légitime.

La possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ, dérogeant à la possession de biens UNDE LEGITIMI, n'est donc qu'une exception

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 2, *de bon. poss. secund. tab.* — (2) *Text. hic.* — (3) § 5, *h. t.* — (4) § 5, *h. t.* — (5) § 4, *h. t.*

qui, dans un cas spécial et très-rare (*a*), admet en second ordre les parents de l'émancipé jusqu'au second degré inclusivement.

896. Ainsi les cognats d'un ingénu lui succèdent en troisième ordre, immédiatement après les héritiers légitimes, c'est-à-dire après les agnats du défunt devenu *sui juris* sans CAPITIS DEMINUTIO ; ou après l'ascendant considéré comme patron des enfants émancipés *contracta fiducia*. Au contraire, lorsque l'émancipation a eu lieu sans fiducie, il ne suffit plus de distinguer entre les héritiers légitimes et les cognats. Il faut subdiviser ces derniers en deux classes, dont l'une passe avant, et l'autre après le *manumissor extraneus*. Les dix cognats formant la première classe obtiennent, à défaut d'enfants, la possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ ; le patron étranger vient ensuite à la possession de biens UNDE LEGITIMI ; et comme il n'y vient qu'en troisième ordre, les autres cognats se trouvent nécessairement au quatrième.

897. Les parents d'un esclave ne lui succédant jamais, même lorsqu'il est devenu libre [876], les préteurs ont établi pour la succession des affranchis plusieurs règles particulières. A défaut du patron et de ses enfants qui viendraient à la possession de biens *unde legitimi*, le préteur appelle les agnats du patron, et leur donne, en troisième ordre, une possession de biens que notre texte énumère la cinquième, TAMQUAM EX FAMILIA, ou, suivant quelques éditeurs, *tum quem ex familia*, comme si les agnats du patron remplaçaient, pour l'affranchi, la famille et les agnats qu'il n'a jamais de son chef (*b*).

Une autre possession de biens, la sixième de notre texte, appelle le patron de l'un ou de l'autre sexe, ses enfants (*liberis eorum*) et ses ascendants (*parentibus*). On conçoit facilement que le préteur établisse un ordre particulier pour les ascendants du patron et les enfants de la patronne qui ne se trouvent point compris dans les catégories précédentes; mais par la raison contraire, le patron et ses enfants, appelés en second ordre UNDE LEGITIMI, semblent inutilement rappelés dans un ordre infé-

---

(*a*) L'émancipation se faisait ordinairement *contracta fiducia* [200]. Voilà sans doute pourquoi la possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ est passée sous silence dans Ulpien (28 *reg.* 7). Voyez, dans la première partie du *Juris civilis enchiridium*, un reste des Institutes du même jurisconsulte.

(*b*) *Ulp. fr.* 3, *de suis et legit.* Voyez aussi le passage déjà cité des Institutes d'Ulpien.

rieur. Il faut supposer que l'affranchi défunt a pour patron un autre affranchi. Ce dernier sera, ainsi que ses enfants, admis en second ordre ; mais comme ils n'ont point d'agnats, nul ne peut, à leur défaut, se présenter *tamquam ex familia*. Voilà pourquoi le préteur, à défaut du patron *libertinus* et de ses enfants, appelle les patrons ingénus, c'est-à-dire le patron du patron, ses enfants et ses ascendants (*a*). En effet, Justinien, en se référant à l'ancien droit (*b*), nous dit lui-même que si l'affranchi défunt a pour patron un autre affranchi, on appelle, au défaut de ce dernier, son patron, qui est, par rapport au défunt, le patron du patron.

898. Une septième possession de biens, *unde vir et uxor*, se donne pour la succession des ingénus, comme pour celle des affranchis, à l'époux survivant qui est resté uni au défunt, par justes noces, jusqu'à son décès ([1]).

Enfin, pour la succession des affranchis, la possession de biens se donne aux cognats du patron *unde cognati manumissoris.*

899. Ce système prétorien, si compliqué lorsqu'on le prend en masse, se simplifie beaucoup lorsqu'on précise la condition du défunt. On arrive alors aux distinctions suivantes :

1° Si le défunt est un ingénu, né *sui juris* ou devenu tel sans *capitis deminutio*, quatre possessions de biens, savoir :

Unde liberi,
Unde legitimi, *id est*, *agnati*,
Unde cognati,
Unde vir et uxor.

([1]) *Ulp. fr.* 1, *pr.* et § 1, *unde vir et uxor.*

(*a*) Théophile donne une explication différente. Suivant lui, il s'agirait du patron ingénu et de ses enfants, qui, ayant perdu le second rang, faute par eux d'avoir demandé la possession de biens *unde legitimi* dans le délai fixé (V. § 8, *h. t.*), pourraient encore se présenter en sixième ordre, comme les enfants du défunt, qui, après avoir négligé la possession de biens unde liberi, sont encore admissibles aux possessions de biens unde legitimi ou unde cognati (*Ulp. fr.* 2, *unde legit.*; *fr.* 1, § 11, *de succ. ed.*). On les y admet effectivement, mais sans les appeler nommément, comme on appelle ici le patron, ses enfants et ses ascendants.

(*b*) Dans la célèbre constitution *de jure patronatus* (V. § 3, *de success. libert.*) que Cujas (20 *obs.* 34) a tirée des Basiliques et traduite en latin, constitution dont la C. 4, *de bon. libert.*, ne présente qu'un abrégé informe.

2° Si le défunt est un ingénu émancipé sans fiducie, cinq possessions de biens, savoir :

UNDE LIBERI,
UNDE DECEM PERSONÆ,
UNDE LEGITIMI, *id est, manumissor extraneus*,
UNDE COGNATI,
UNDE VIR ET UXOR.

3° Si le défunt est un ingénu émancipé *contracta fiducia*, quatre possessions de biens, savoir :

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI, *id est, parens manumissor*,
UNDE COGNATI,
UNDE VIR ET UXOR.

4° Si le défunt a été affranchi par un ingénu, cinq possessions de biens, savoir :

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI, *id est, patronus vel liberi ejus*,
TAMQUAM EX FAMILIA,
UNDE VIR ET UXOR,
UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

5° Enfin si le défunt a été affranchi par un autre affranchi, quatre possessions de biens, savoir :

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI, *id est, patronus vel liberi ejus*,
UNDE PATRONUS ET PATRONA, etc.,
UNDE VIR ET UXOR.

§§ IV, V et VI.

900. La possession de biens *unde decem personæ* qui a lieu dans la succession des personnes émancipées sans fiducie, devient superflue sous Justinien, puisque l'émancipation est toujours réputée faite *contracta fiducia* (1).

D'après les innovations de Justinien sur la succession des affranchis, les parents du patron jusqu'au cinquième degré succéderont à l'affranchi, comme ils succéderaient au patron et

(1) § 4, *h. t.*; § 8, *de legit. agnat. success.*

dans le même ordre. Ainsi, chacun d'eux, héritier légitime ou simple cognat de l'affranchissant, obtiendra dans la succession de l'affranchi les possessions UNDE LEGITIMI ou UNDE COGNATI. En conséquence, Justinien supprime ([1]) les possessions de biens qui concernent spécialement la succession des affranchis intestats, et s'il conserve, dans la succession testamentaire, la possession de biens CONTRA TABULAS du patron ([2]), c'est en la réduisant de la moitié au tiers [878, 880].

Ainsi Justinien, en conservant, pour la succession testamentaire, les deux possessions de biens CONTRA TABULAS et SECUNDUM TABULAS, n'admet que quatre possessions de biens ab intestat, savoir :

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI,
UNDE COGNATI,
UNDE VIR ET UXOR.

En tout, six possessions de biens ordinaires ([3]).

§ VII.

901. Les possessions de biens dont il a été question jusqu'ici se nomment ordinaires, parce que chacune d'elles se donne toujours à certaines personnes, dans un cas et dans un ordre spécialement déterminés.

Sous ce rapport elles diffèrent d'une autre possession de biens que le préteur se réserve d'accorder par obéissance au droit civil, toutes les fois qu'une loi, un sénatus-consulte ou une constitution ordonneront que la *bonorum possessio* soit donnée dans tel rang, à telle personne. Aussi la possession de biens que le préteur accorde ainsi UTI EX LEGIBUS, n'est-elle mentionnée dans l'édit que par une clause générale qui s'adapte aux successions testamentaires ou ab intestat, au rang et dans l'ordre spécifié par les dispositions du droit civil. C'est ainsi que nous avons vu [879] la possession de biens *contra tabulas* du patron s'étendre, en vertu de la loi Papia Poppæa, à la patronne; c'est ainsi, je crois, que les personnes instituées dans un testament nuncupatif sont admises *secundum tabulas* [537].

Cette possession de biens UTI EX LEGIBUS ne doit pas être

([1]) §§ 5 *et* 6, *h. t.* — ([2]) § 2, *de success. libert.* — ([3]) § 6, *h. t.*

confondue avec la possession de biens UNDE LEGITIMI. Celle-ci se donne ab intestat et en second ordre, aux personnes que le droit civil reconnaît comme héritiers légitimes, tandis que la possession de biens UTI EX LEGIBUS suppose une disposition du droit civil qui défère spécialement non pas l'hérédité, mais la possession de biens (1).

§ VIII.

902. En attribuant à chaque possession de biens un rang particulier, le droit honoraire établit *plures species successionum*, ou plusieurs ordres qui doivent arriver successivement. Ainsi, les cognats, par exemple, obtiennent la possession de biens en troisième ordre, lorsqu'elle n'a point été demandée par ceux à qui elle appartient en premier ou en second ordre. Mais ce n'est pas seulement d'un ordre à l'autre que s'opère cette dévolution; c'est aussi de degré en degré, lorsque dans un seul et même ordre (*in unaquaque specie successionis*), il existe des parents à différents degrés (*plures dispari gradu personæ*); chacun d'eux arrivera au défaut de celui ou de ceux qui précèdent.

903. Cette dévolution offrirait de graves inconvénients si les biens du défunt restaient trop longtemps sans maître. Aussi le préteur fixe-t-il, à ceux qu'il appelle, un délai dont l'expiration emporte déchéance. De cette manière, la dévolution devient plus rapide ; les créanciers du défunt savent à qui s'adresser ; l'exercice de leurs actions n'est pas indéfiniment retardé, et par suite ils ont moins de facilité à se faire envoyer en possession des biens du défunt [934].

Ce délai est d'un an pour les enfants et les ascendants ; de cent jours pour les collatéraux (2). Dans l'un ou l'autre cas, il se compose de jours utiles, c'est-à-dire que l'on examine, jour par jour, si les personnes à qui la possession de biens était déférée, l'ont su et ont pu la demander (3).

§ IX.

904. A l'expiration du délai, celui qui n'a pas demandé la possession de biens perd le droit qui lui était déféré. Les per-

(1) *Paul. fr.* 5, *unde legit.; Ulp. fr.* 1, § 2, *uti ex legib.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, §§ 8, 13 *et* 16, *de succ. edict.* — (3) § 10, *h. t.; Ulp. fr.* 2, *quis ordo.*

sonnes appelées concurremment avec lui profitent de sa part, qui accroît à la leur [1], comme dans l'hérédité [860] ; et à défaut de concurrents, le droit passe aux successeurs du degré ou de l'ordre subséquent, comme s'ils n'étaient précédés par personne.

La même dévolution s'opère, sans attendre l'expiration du délai, aussitôt que la possession de biens est répudiée par ceux à qui elle était déférée [2].

§ X.

905. Nul ne devient *bonorum possessor* malgré lui [3]. Pour obtenir la possession de biens, il fallait se présenter devant le préteur et la demander en termes solennels, mais la nécessité d'une demande formelle a été supprimée par Constantin. Il suffit d'une volonté manifestée en temps utile par un indice quelconque [4], comme pour l'hérédité [678].

§ II.

906. Le préteur, en accordant la possession de biens, donne le titre de *bonorum possessor* indépendamment du titre d'héritier, qui n'appartient qu'aux successeurs reconnus par le droit civil [5], en sorte que l'hérédité et la possession de biens appartiennent quelquefois à la même personne, et quelquefois au contraire à des successeurs différents. Dans ce dernier cas, le *bonorum possessor* qui n'est pas héritier n'a pas directement les actions héréditaires ; mais le préteur, qui le met *loco heredis*, donne à lui et contre lui les actions utiles, fictives, comme il les donne au fidéicommissaire ou contre lui, dans le cas du sénatus-consulte Trébellien [782, 1221].

907. Le *bonorum possessor* n'a en cette qualité ni la propriété, ni même la possession réelle des biens héréditaires; mais il peut acquérir cette dernière au moyen de l'interdit *quorum bonorum* [1356], et arriver à la propriété par l'usucapion [6], à moins qu'il ne soit évincé par un héritier exerçant la pétition d'hérédité.

Ainsi, par exemple, les héritiers siens, satisfaits de ce titre,

(1) *Text. hic ; Ulp. fr.* 3, § 9, *de bon. poss.* — (2) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 1, §§ 6 *et* 10, *de success. edict.* — (3) *Ulp. fr.* 3, § 3, *h. t.* — (4) *Text. hic ; Const. C.* 8 *et* 9, *qui admitt. ad. b. p.* — (5) *Text. hic.* — (6) *Gaius*, 3 *inst.* 80 *et* 81.

peuvent ne pas demander la possession de biens qui, à leur défaut et d'après l'ordre de dévolution précédemment exposé, passera au plus proche agnat; mais ce dernier, pouvant être évincé par les héritiers proprement dits, aura la possession de biens *sine re*. Il en est de même lorsque l'institué ou le plus proche agnat acceptent l'hérédité testamentaire ou légitime sans demander la possession de biens. Ceux qui l'auront au défaut de l'un ou de l'autre, l'auront *sine re*, par opposition à d'autres personnes pour qui la possession de biens est définitive ou *cum re*, en ce sens qu'aucun héritier ne peut les évincer [1].

La possession de biens *secundum tabulas* peut aussi n'être que *sine re*, notamment lorsqu'elle est accordée aux héritiers institués en vertu d'un testament qui n'est pas valable d'après le droit civil ; car alors l'hérédité peut être revendiquée par les héritiers ab intestat [2].

Dans la législation justinienne, le droit civil et le droit prétorien marchent toujours d'accord, *in unam consonantiam* [3], parce que le second remplace entièrement le premier, du moins dans la pratique (*a*). Aussi n'est-il plus question des possessions de biens *sine re*.

APPENDICE.

EXPOSITION DES NOVELLES 118 ET 127.

908. Le système de succession introduit par la loi des Douze Tables, et successivement modifié par le droit prétorien [820], par les Sc. Tertullien et Orphitien, par les constitutions de Théodose, d'Anastase et surtout de Justinien [831, 839], n'était plus, dans le Bas-Empire, qu'une de ces règles générales dont l'existence nécessite des exceptions nombreuses et sans cesse renouvelées. Justinien crut enfin devoir refondre

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 35, 36 *et* 37 ; *Ulp.* 28 *reg.* 13. — (2) *Gaius*, 2 *inst.* 119 *et seqq.*— (3) § 3, *de test. ord.*

(*a*) Cela est certain en résultat, mais les circonstances qui ont successivement contribué à opérer cette fusion du droit civil et du droit prétorien, en matière de succession, ne sont pas exactement connues. Mentionnons cependant l'exception de dol que le *bonorum possessor* obtient, en vertu d'un rescrit d'Antonin, pour repousser la pétition d'hérédité exercée par l'héritier légitime (*Gaius*, 2 *inst.* 120). Cette exception paraît n'avoir été accordée dans l'origine que pour maintenir la possession de biens *secundum tabulas* (V. *Gaius*, 2 *inst.* 118, 119, 120, 121 *et* 122) ; mais il est probable qu'on l'a successivement appliquée à d'autres cas.

cette partie de la législation en substituant un système uniforme à celui que tant de dérogations successives avaient compliqué, dénaturé, et cependant conservé jusqu'à l'année 540.

Cette époque est celle où parut la Novelle 118, qui distingue trois ordres de succession *ab intestat :* le premier pour les descendants, le second pour les ascendants et le dernier pour les collatéraux.

CHAPITRE I.

909. Les descendants succèdent à l'exclusion de tous autres parents; et quand même le défunt serait décédé fils de famille, les biens dont il était propriétaire seraient toujours déférés à ses enfants, par préférence au père de famille, sauf l'usufruit réservé à ce dernier sur les biens adventices [514].

La préférence donnée aux enfants a lieu sans distinction de sexe ou de degré, sans examiner s'ils sont ou ne sont pas dans la famille du défunt. Ainsi les enfants de la fille succèdent à leur aïeul maternel, comme ceux du fils à leur aïeul paternel; et l'émancipation ne produit à cet égard aucune différence.

Les fils et filles succèdent par têtes : les enfants d'un fils ou d'une fille prédécédés représentent leur père ou leur mère, et prennent dans l'hérédité la part que l'un ou l'autre prendrait s'il était vivant; en d'autres termes, les petits-enfants partagent parsouches.

CHAPITRE II.

910. A défaut de descendants, les ascendants succèdent, tantôt seuls, tantôt avec quelques uns des frères ou sœurs.

Dans l'un et l'autre cas, l'ascendant le plus proche exclut toujours ceux qui sont plus éloignés. Plusieurs ascendants du même degré succèdent concurremment, mais ne partagent point par têtes: les ascendants paternels ont une moitié, et les ascendants maternels l'autre moitié, quel que soit le nombre des premiers ou des seconds.

911. Pour savoir dans quel cas les ascendants succèdent seuls, il faut distinguer parmi les frères et sœurs du défunt ceux qui ont le même père et la même mère, et ceux qui ont seulement le même père ou la même mère. Nous appellerons

les premiers frères germains, les seconds frères consanguins (*a*), et les derniers frères utérins.

Les ascendants succèdent seuls, lorsqu'il n'existe point de frère ou sœur germains ; dans le cas contraire, ceux-ci concourent avec les ascendants les plus proches. Ils partagent par têtes, même lorsqu'ils concourent avec leurs propres père et mère ; et dans ce cas, le père de famille, concourant avec les enfants soumis à sa puissance, n'a point l'usufruit des biens recueillis par ces derniers dans la même succession.

CHAPITRE III.

912. Lorsqu'il ne reste aucun ascendant, l'hérédité est déférée aux frères ou sœurs germains, et à leur défaut aux autres frères ou sœurs, consanguins ou utérins, sans distinction.

Les enfants d'un frère ou d'une sœur prédécédés prennent la place, les droits et la part qu'auraient pris leur père ou mère. En conséquence, les neveux et nièces du défunt, toujours préférés aux oncles et tantes de ce dernier, concourent avec ses frères ou sœurs survivants, c'est-à-dire avec leurs propres oncles ou tantes, les écartent ou sont écartés par eux, suivant que leur père ou mère aurait été dans le cas de concourir avec d'autres frères ou sœurs, de les exclure ou d'être exclus par eux.

Les frère ou sœur prédécédés ne sont jamais représentés par leurs petits-enfants, mais par leurs fils ou filles : ces derniers seuls prennent, dans la succession de leur oncle ou tante, la place de leur père ou mère. En leur accordant ce bénéfice, Justinien ne l'accorde même pas dans toute sa plénitude. En effet, nous avons vu [911] que les frères et sœurs germains ont le privilége d'exclure les autres frères ou sœurs, et même de concourir avec les ascendants ; et néanmoins, si le défunt laisse un ou plusieurs ascendants, les enfants de frères ou sœurs germains prédécédés ne peuvent pas obtenir la portion qui aurait été dévolue à leur père ou à leur mère. La Novelle 118 le défend expressément ; mais, huit ans après, Justinien supprima lui-même cette distinction [1], et la présence des ascendants n'em-

[1] *Nov.* 127.

(*a*) La consanguinité a été prise précédemment dans un autre sens [836]. On a donné le titre de consanguins aux frères et sœurs agnats ou membres de la même famille, par cela seul qu'ils avaient le même père, sans distinguer s'ils avaient ou non la même mère.

pêcha plus les neveux et nièces de prendre la place de leurs père et mère.

913. Lorsqu'un aïeul ne laisse que des petits-enfants qui se trouvent tous au même degré, ceux-ci, prenant la place de leurs père et mère, partagent toujours par souches. Pour le décider ainsi sous l'empire de la Novelle 118, il suffit d'appliquer ici le principe consacré dans l'ancien droit à l'égard des héritiers siens [817]. En est-il de même pour les neveux et nièces, lorsqu'il ne reste ni frère ni sœur : ainsi, par exemple, lorsqu'un oncle laisse trois neveux, dont un est fils unique, tandis que les deux autres ont le même père ou la même mère, le partage se fera-t-il par têtes ou par souches? Chacun des trois neveux prendra-t-il un tiers, ou bien au contraire donnera-t-on la moitié au premier, et le quart à chacun des deux autres ? Cette question, que Justinien laisse indécise, a partagé les interprètes et les tribunaux. Azon s'était prononcé pour le partage par têtes, Accurse pour le partage par souches. Vinnius, après avoir soutenu la première opinion, est revenu à la seconde.

914. Lorsque le défunt ne laisse ni frères ou sœurs, ni neveux ou nièces, l'hérédité appartient au plus proche parent ; et ceux qui, à égalité de degré, succèdent concurremment, partagent toujours par têtes (1), comme dans la possession de biens *unde cognati*.

CHAPITRE IV.

915. D'après ce qui précède, on voit qu'il n'existe plus aucune différence entre les parents. Soit qu'ils appartiennent ou non à la même famille, ils exercent tous les mêmes droits, et n'ont plus qu'un seul titre, celui de cognats, l'agnation étant expressément supprimée par Justinien.

CHAPITRE V.

916. Nous avons vu [227, 245] la tutelle légitime déférée, comme l'hérédité, au plus proche agnat du pupille ingénu, ou au patron de l'impubère affranchi, et Justinien nous a lui-même prévenus que les fonctions de tuteur sont la conséquence du titre d'héritier présomptif, du moins lorsqu'il ne s'agit pas

(1) *Nov.* 118, *cap.* 3, § 1.

des femmes; car les femmes appelées à l'hérédité n'étaient pas également appelées à la tutelle [227].

En conservant ce principe, Justinien décide que la tutelle légitime sera déférée aux parents mâles d'après les règles nouvellement établies pour l'hérédité. Il écarte de la tutelle toutes les femmes, excepté la mère et l'aïeule du pupille : l'une et l'autre obtiendront la tutelle légitime dans le même ordre que l'hérédité, c'est-à-dire par préférence aux collatéraux, et pourvu qu'il n'existe aucun tuteur testamentaire; car la tutelle testamentaire exclut toujours la tutelle légitime [227].

917. La Novelle 118 est la première constitution qui ait admis l'aïeule aux fonctions de tutrice; mais, d'après une constitution de Théodose, étendue et confirmée par Justinien (1), la mère, à défaut de tout autre tuteur légitime, pouvait demander et obtenir la tutelle de ses enfants, lorsqu'elle renonçait à se remarier. Justinien exige que la mère et l'aïeule renoncent aux secondes noces, et en outre au bénéfice du Sc. Velléien.

CHAPITRE VI.

Après avoir posé sur l'ordre des successions les règles précédentes, Justinien les déclare exclusivement applicables aux catholiques; cette décision confirme la règle, antérieurement établie, qui rend les hérétiques incapables de succéder [719].

(1) *C. 2, quando mul. tut.*

TITRE X.

DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION.

Il existe encore une autre espèce de succession par universalité, qui n'a été introduite ni par la loi des Douze Tables, ni par l'édit du préteur, mais par le droit qu'a fait admettre l'assentiment général.

1. Précédemment, lorsqu'un père de famille se donnait en adrogation, tous ses biens corporels ou

TITULUS X.

DE ADQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Est et alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege Duodecim Tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta est.

1. Ecce enim, cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corpora-

les et incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et jus adgnationis.

Usus etenim et ususfructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio.

2. Nunc autem nos eamdem adquisitionem quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentium : nihil etenim aliud nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus patribus quam adoptivis, per filiosfamilias adquiritur in iis rebus quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium ejus ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ quæ ex constitutione nostra patrem, in iis quæ adquiri non possunt, antecedunt.

3. Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur; sed nomine filii convenietur, et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quæ ejus *cum usufructu* futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

incorporels, ainsi que ses créances, étaient acquis en pleine propriété à l'adrogeant, à l'exception des choses qu'anéantit la *capitis deminutio* : tels sont l'obligation des services et le droit d'agnation.

Tels étaient aussi précédemment l'usage et l'usufruit; mais une de nos constitutions empêche qu'ils ne s'éteignent par la petite *capitis deminutio*.

2. Aujourd'hui l'acquisition résultant de l'adrogation se trouve par nous restreinte dans les limites déjà établies pour les ascendants naturels. En effet, le père naturel ou adoptif n'acquiert, par ses fils de famille, que l'usufruit des choses provenant d'une origine étrangère, choses dont ceux-ci conservent la propriété. Toutefois si l'adrogé meurt dans la famille adoptive, la propriété passe à l'adrogeant, lorsqu'il n'existe aucun de ceux que notre constitution a préférés au père sur les biens qu'il ne peut pas acquérir.

3. En sens inverse, si l'adrogé a quelques dettes, l'adrogeant n'en est pas tenu d'après le droit civil. Toutefois on le poursuit du chef de son fils, et, s'il ne veut pas répondre pour l'adrogé, les biens dont celui-ci aurait la pleine propriété, s'il ne s'était pas soumis à la puissance d'autrui, pourront, avec la permission des magistrats compétents, être saisis par les créanciers, pour en disposer dans les formes légales.

EXPLICATION.

PR.

918. L'hérédité et la possession de biens dérivent l'une de la loi des Douze Tables, l'autre du droit prétorien. Ici se présente une troisième manière d'acquérir par universalité, introduite par ce consentement tacite qui constitue le droit non écrit (1). Ce n'est, en effet, qu'une conséquence de la puissance paternelle dont l'adrogation investit l'adrogeant, et du principe qui, dans chaque famille proprement dite, ne reconnaît qu'un seul maître et un seul propriétaire [100]. En effet, toutes les acquisitions d'une personne *alieni juris* profitent au père de famille [517], et, par conséquent, lorsqu'une personne *sui juris* passe sous la puissance d'autrui, elle y passe avec tous les droits qui lui appartiennent.

Les Institutes nous offrent deux applications de ce principe, relatives, l'une à la puissance paternelle [919], l'autre à la puissance dominicale [935].

§ I.

919. L'adrogeant acquiert tous les biens, c'est-à-dire toutes les choses corporelles et même tous les droits ou choses incorporelles de l'adrogé (2), par exemple ses créances (*quæque ei debitæ sunt*) et le droit de puissance qu'il a sur ses propres enfants [174].

Toutefois, comme l'adrogé subit, par l'adrogation même, une *capitis deminutio* qui éteint quelques uns de ses droits, ces derniers ne passent point à l'adrogeant. Celui-ci ne profitait donc pas de l'usufruit ou de l'usage constitués en faveur de l'adrogé ; car ces droits s'éteignaient toujours par cela seul que l'usufruitier ou l'usager subissait une *capitis deminutio* quelconque [426]. Sous Justinien, il n'en est plus de même ; la petite *capitis deminutio* ne fait cesser ni l'usufruit ni l'usage ; mais elle suffit toujours pour éteindre plusieurs autres droits qui conséquemment ne passent jamais à l'adrogeant. Justinien cite pour exemple le droit d'agnation et les obligations qu'il appelle *operarum*.

(1) *Text. hic ; tacito jure, Ulp. fr. 15, de adopt.* — (2) *Text. hic ; Pap. fr. 11, § 2, de b. p. sec. tab.*

920. L'adrogé entré dans la famille de l'adrogeant devient l'agnat de tous les membres dont cette famille se compose (1) : réciproquement, les membres de sa famille primitive ont cessé, à compter de l'adrogation, d'être les agnats de l'adrogé ; aucun lien d'agnation ne peut donc s'établir, par ce dernier, entre eux et l'adrogeant.

921. Un affranchi a ordinairement un métier, une profession qu'il exerce en travaillant pour son patron, comme pour toute autre personne, indépendamment des travaux qu'il est tenu de faire gratuitement pour son patron et pour lui seul, lorsque ce dernier le demande (2). De là une distinction entre les travaux qu'on appelle *fabriles* dans le premier cas, et *officiales* dans le second, parce que l'affranchi qui exécute ces derniers remplit un *officium*, c'est-à-dire un devoir ou une obligation naturelle, *officii præstatio* (3). Ce devoir se transforme en obligation civile lorsque l'affranchi le consacre par un serment, ou promet de l'accomplir en répondant à une stipulation (4). Dans ce cas, la créance du patron, étant une conséquence du droit de patronage, s'éteint avec ce droit par la *capitis deminutio*.

§ II.

922. Lorsque la puissance paternelle, modifiée dans ses effets, a cessé d'attribuer au père de famille la pleine et entière propriété des biens acquis par les enfants soumis à sa puissance, le droit du père adoptif a été restreint comme celui du père naturel à l'usufruit des biens de l'adrogé, sauf toutefois le droit de succession qui, en cas de mort de l'adrogé dans la famille adoptive, appartient au père adoptif comme au père naturel et dans le même ordre, c'est-à-dire à défaut de descendants et de frères ou sœurs [554, 846]. Dans ce cas, l'adrogeant acquiert, comme héritier, la nue propriété des biens qui appartenaient au défunt.

§ III.

923. Les créances de l'adrogé sont directement acquises à l'adrogeant, *pleno jure* (5) ; et cependant le droit civil ne rend pas

(1) § 2, *de legit. agnat. succ.* — (2) *Gaius, fr.* 22, *de oper. libert.* — (3) *Gaius, d. fr.* 22. V. *Ulp. fr.* 26, § 12, *de condict. ind.* — (4) *Gaius,* 3 *inst.* 83 ; *Ulp. et Paul. fr.* 5 *et* 7 ; *Julian. fr.* 23, *de oper. libert.* — (5) § 1, *h. t.*

ce dernier débiteur de ce que devait l'adrogé, quoique d'ailleurs la *capitis deminutio* suffise, quant au droit civil, pour libérer l'adrogé de ses obligations, ou pour parler plus exactement des obligations par lui contractées (1); car la *capitis deminutio* ne libère jamais personne des conséquences de son délit (2). Il résulte de là que les créanciers n'ont plus d'action contre personne; mais ici, comme dans tous les autres cas où un débiteur subit la petite *capitis deminutio*, le droit prétorien la considère comme non avenue, et accorde aux créanciers une action fictive qui leur permet d'agir contre le débiteur comme s'il n'était pas *capite minutus* (3), et ensuite de vendre les biens qui sans l'adrogation lui appartiendraient encore. L'adrogeant ne peut empêcher ce résultat et profiter, soit de la pleine propriété que l'adrogation lui conférait primitivement, soit de l'usufruit qu'elle lui confère encore sous Justinien, qu'en se portant lui-même défendeur pour l'adrogé (*si noluerit eum defendere*) et en donnant à cette occasion la caution JUDICATUM SOLVI (4), dont nous parlerons plus loin [1305].

924. Cette différence entre les créances et les dettes de l'adrogé coïncide encore avec les effets de la puissance paternelle, relativement aux obligations contractées soit par un fils de famille, soit envers lui. Le père de famille devient créancier de quiconque s'oblige envers les personnes soumises à sa puissance (5), et cependant ces dernières n'obligent pas leur père ou leur maître, du moins d'après le droit civil (*a*). Il faut cependant excepter les dettes dont se trouve grevée l'hérédité déférée aux personnes *alieni juris*, et par elle acquises au chef de leur famille. Celui-ci devenant héritier est civilement tenu de solder toutes les dettes héréditaires; par la même raison, l'adrogeant sera soumis aux dettes dont l'adrogé n'était lui-même tenu que comme héritier d'une autre personne, dont l'hérédité se trouve fondue dans ses propres biens et transmise avec eux à l'adrogeant (6).

(1) *Gaius*, 4 *inst.* 38. — (2) *Ulp. fr.* 2, § 3, *de capit. min.* — (3) *Gaius*, 3 *inst.* 84; 4 *inst.* 38; *Ulp. fr.* 2, § 1, *de cap. min.* — (4) *Ulp. fr.* 63, *de judic.*; *fr.* 21, § 3, *ex quib. caus. maj.* — (5) § 1, *de stip. serv.*; *pr.*, *per quas pers. obl.* — (6) *Gaius*, 3 *inst.* 84.

(*a*) Voyez, quant au droit prétorien, *liv.* 4, *tit.* 7.

TITULUS XI.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci : nam si ii qui libertatem acceperunt a domino in testamento ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

1. Et ita divi Marci rescripto ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent : Si Virginio Valenti qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt ut væniri debeant, is cujus de ea re notio est aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directo quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo. Et ii quidem quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt ac si hereditas adita esset. Ii autem quos heres manumittere rogatus est, a te libertatem conse-

TITRE XI.

DE CELUI A QUI LES BIENS SONT ATTRIBUÉS EN FAVEUR DE LA LIBERTÉ.

Ici se présente, d'après une constitution de l'empereur Marc-Aurèle, un nouveau mode de succession. Lorsque les esclaves sont affranchis par leur maître, dans un testament dont personne ne profite pour appréhender l'hérédité, on les admet, sur leur demande, à se faire adjuger les biens pour maintenir les affranchissements.

1. Telle est la disposition d'un rescrit adressé par l'empereur Marc-Aurèle à Popilius Rufus, et dont voici les termes : « Si Virginius Valens, qui dans son testament a donné la liberté à certains esclaves, reste sans aucun successeur ab intestat, en sorte qu'il y ait nécessité de vendre ses biens, le magistrat compétent auquel vous vous adresserez aura égard à la requête par laquelle vous demandez que, pour maintenir les affranchissements conférés soit directement, soit par fidéicommis, on vous attribue les biens, si toutefois vous donnez garantie suffisante aux créanciers pour le paiement intégral de ce qu'on doit à chacun d'eux. Les esclaves à qui l'on a donné la liberté directe seront libres, comme si l'hérédité avait été acceptée ; et ceux que l'héritier était prié d'affranchir

seront affranchis par vous. Toutefois il n'en sera ainsi qu'autant que vous ne tiendrez pas absolument à vous faire attribuer les biens sous la condition de devenir également le patron de ceux qui ont reçu la liberté directe; car, si la demande que vous formez à cet égard est consentie par les personnes dont l'état s'y trouve intéressé, nous y donnons aussi notre assentiment. Et pour que vous ne perdiez pas, sous un autre rapport, le bénéfice de notre présent rescrit, si le fisc voulait s'emparer des biens, les agents de notre domaine sauront que la faveur de la liberté doit l'emporter sur un avantage pécuniaire, et qu'avant de recueillir les biens, il faut conserver la liberté à ceux qui l'auraient obtenue, si l'hérédité testamentaire avait été acceptée. »

quantur : ita ut, si non alia conditione velis bona tibi addici, quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant; nam huic etiam voluntati tuæ, si ii quorum de statu agitur consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, et ii qui rebus nostris attendunt, scient commodo pecuniario præferendam libertatis causam, et ita bona cogenda ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt si hereditas ex testamento adita esset.

2. Ce rescrit favorise à la fois les affranchissements, et le défunt, dont les biens auraient pu être saisis et vendus par les créanciers. En effet, lorsqu'ils sont ainsi attribués, il n'y a plus lieu de les vendre, puisque le défunt a un répondant solvable qui garantit la totalité des créances.

2. Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et væneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

3. Ce rescrit s'applique dans tous les cas où la liberté a été donnée par un testament. Mais que déciderait-on si le maître décédé intestat, sans héritier qui accepte l'hérédité légitime, avait affranchi par codicilles? Le bénéfice de la constitution doit avoir lieu : du reste, la liberté donnée

3. In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe si testatus

decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

4. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit utrum existat an non, cessabit constitutio. Si certum esse cœperit neminem extare, tunc erit constitutioni locus.

5. Si is qui in integrum restitui potest, abstinuerit se ab hereditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio et bonorum addictio fieri. Quid ergo si, post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates, quia semel competierunt.

6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est : ergo si libertates nullæ sunt datæ, cessat constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates vel mortis causa, et ne de hoc quæratur utrum in fraudem creditorum an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona, an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima

par codicilles est indubitablement maintenue, lorsque le défunt laisse un testament.

4. On voit par les termes de la constitution qu'elle concerne le cas où il n'existe aucun successeur ab intestat. Ainsi, tant qu'on ignorera s'il doit ou ne doit pas en exister, on n'appliquera point la constitution; mais lorsqu'on sera sûr de ne trouver aucun successeur, la constitution deviendra dès lors applicable.

5. Lorsqu'une personne susceptible d'être restituée en entier s'abstient de l'hérédité, la possibilité d'une restitution n'empêche pas d'appliquer la constitution et d'attribuer les biens; mais que décider si, après l'attribution faite pour conserver les affranchissements, l'héritier vient à être restitué? Toujours est-il qu'on ne révoquera pas la liberté, car elle est acquise.

6. Cette constitution a pour but le maintien des affranchissements : ainsi, en l'absence de tout affranchissement, son application cesse. Mais lorsque la liberté a été donnée entre-vifs ou à cause de mort, les affranchis qui voudraient prévenir toute discussion sur la question de savoir si le maître n'a point agi en fraude de ses créanciers sont-ils admis à se faire attribuer les biens? L'affirmative prévaut, malgré le silence de la constitution.

7. Ayant reconnu que ce rescrit laissait à désirer plusieurs distinctions, nous avons, dans une constitution très éten-

due, réuni plusieurs décisions qui complètent la législation sur cette espèce de succession, et dont on peut prendre connaissance en lisant la constitution même.

constitutio in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum : quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

EXPLICATION.

925. Justinien, en s'occupant dans le titre précédent des effets de l'adrogation, a interrompu ce qui restait à dire sur la transmission en masse, ou par universalité, des droits d'une personne décédée. Nous avons vu l'hérédité, déférée par testament aux institués, s'ouvrir à défaut de ceux-ci pour d'autres successeurs que la loi civile ou le préteur appelle ab intestat. Enfin les biens restés vacants appartiennent au fisc ; et si le fisc lui-même les abandonne, alors les biens du défunt que personne ne représente peuvent être vendus par les créanciers (1).

§ I.

926. Dans cette position, la vente des biens peut encore être empêchée par la survenance d'un successeur qui se présenterait en vertu d'une constitution de Marc-Aurèle ; Justinien en relate ici la teneur, et voici quelle en a été l'occasion :

Un testateur nommé Virginius Valens avait laissé la liberté à plusieurs esclaves. L'hérédité testamentaire n'étant point acceptée, aucun des esclaves ne peut obtenir la liberté (2). Non seulement Virginius Valens n'a point d'héritier testamentaire, mais il ne trouve aucun successeur ab intestat, et les biens sont dans le cas d'être vendus par les créanciers, *in ea causa esse cœperunt ut vœniri debeant.*

Dans ces circonstances, un certain Popilius Rufus demande que les biens lui soient attribués (*a*) en faveur des affranchissements, qu'il promet de maintenir conformément à la volonté du

(1) *Pr., de succ. subl.* V. *Diocl. et Max. C.* 5, *de bon. auct. jud.* — (2) *Sever. et Anton. C.* 2, *de man. testam.*

(*a*) *Addici bona* (*pr., h. t.*). Cette attribution que fait ici le magistrat ne doit pas être confondue avec l'*adjudicatio* que fait un juge, en vertu du pouvoir que lui confèrent certaines actions (V. §§ 4, 5 *et* 6, *de offic. jud.*).

testateur. Marc-Aurèle l'autorise à se présenter devant le magistrat compétent pour se faire attribuer les biens, sous la condition de garantir aux créanciers le paiement intégral de ce qui leur est dû (*si idonee creditoribus*, etc.).

927. Dans ce cas, on distingue entre les esclaves : ceux à qui le testateur avait donné la liberté fidéicommissaire doivent être affranchis par la personne à qui les biens sont attribués ; ceux que le testateur avait affranchis directement deviendront libres, comme si l'hérédité avait été acceptée par l'institué (*ac si hereditas adita esset*). Conséquemment ils n'auront point d'autre patron que le défunt [798], à moins que, sur la demande de la personne à qui les biens sont attribués, et avec le consentement des esclaves intéressés, l'attribution ne soit faite sous la condition expresse que tous les affranchis auront cette personne pour patron.

PR.

928. Justinien suppose ici que l'attribution est faite à l'un des esclaves affranchis par le testateur (*qui libertatem acceperunt*), et c'est à eux en effet que s'appliquait le rescrit de Marc-Aurèle ; mais on l'a étendu aux étrangers [1].

§ II.

929. Lorsque les biens sont ainsi attribués (*hac de causa*), ils ne peuvent plus être vendus par les créanciers (*cessat bonorum venditio*); parce qu'il existe un successeur qui doit se porter défendeur (*defensor*) pour le défunt, et qui de plus est *idoneus*, en ce sens qu'il donne caution pour la totalité des dettes [2].

En empêchant ainsi la vente des biens, on a voulu épargner un affront à la mémoire du testateur, et en même temps assurer aux esclaves, malgré l'abandon du testament, la liberté qui leur était destinée. On n'applique la constitution de Marc-Aurèle que pour atteindre ce double but : ainsi l'attribution n'aura pas lieu, si le testateur dans son testament n'affranchit aucun esclave [3].

[1] *Gordian. C.* 6, *de manum. test.* — [2] § 2, *h. t.*; § 5, *de satisd.* — [3] §§ 3 *et* 6, *h. t.*

§§ VI et VII.

930. D'autre part, le défunt n'est exposé à aucun affront, et ses biens ne sont jamais dans le cas d'être vendus sous son nom, lorsque l'hérédité a été recueillie, soit en vertu du testament, soit même ab intestat : aussi la constitution de Marc-Aurèle, d'après les expressions même du rescrit, se restreint-elle au cas où le défunt devenu intestat reste sans successeur (*a*). Il faut donc être certain de n'en trouver aucun ; le doute, en conservant l'espoir, suffit pour suspendre l'application du rescrit [1], jusqu'au moment où tous ceux qui peuvent recueillir la succession l'auront refusée. Si l'un d'eux se trouve mineur de vingt-cinq ans, et par conséquent susceptible de revenir plus tard contre sa répudiation, en obtenant la *restitutio in integrum* [685], cette circonstance n'empêchera ni l'attribution des biens ni l'affranchissement des esclaves. Le mineur de vingt-cinq ans pourra sans doute reprendre l'hérédité qu'il avait répudiée, mais les esclaves qui sont devenus libres ne rentreront pas en servitude [2] : car la liberté, une fois acquise, ne se révoque jamais [3].

§ III.

931. Le rescrit de Marc-Aurèle parle des affranchissements testamentaires ; mais on l'applique aux esclaves affranchis dans un codicille par un défunt qui décède testat ou intestat. Dans le premier cas, l'application du rescrit n'a souffert aucun doute (*nemini dubium est*) ; dans le second, c'est une extension de faveur (*favor constitutionis*).

(1) § 4, *h. t.; Ulp. fr.* 4, *de fideic. libert.* — (2) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 4, §§ 1 et 2. — (3) *Ulp. fr.* 32, *de man.; Sever. et Anton. C.* 3, *de man. test.*

(*a*) *Text. hic.* V. § 1, *h. t.* Ainsi les affranchissements testamentaires restent sans aucun effet, lorsque l'hérédité abandonnée par les institués est recueillie ab intestat, ne fût-ce que par le fisc. Dans ce cas, les biens, ne restant pas vacants, ne peuvent pas être vendus par les créanciers ; la constitution de Marc-Aurèle est donc sans application (*Pap. fr.* 50, *de man. test.*). Il en est autrement lorsque le fisc veut se faire attribuer les biens dont les créanciers sont déjà saisis et qui se trouvent dans le cas d'être vendus par eux. Alors il en est du fisc comme de toute autre personne qui veut se faire attribuer les biens ; il ne les obtient qu'à la charge de maintenir tous les affranchissements : c'est en ce sens qu'il faut entendre la dernière partie du rescrit (V. § 1, *h. t.; Ulp. fr.* 4, § 17, *de fideic. libert.; Pothier*, 40 *Pand.* 4, n° 80).

§§ VI et VII.

932. On a étendu cette même faveur jusque sur les affranchissements accordés à cause de mort ou entre-vifs, afin d'empêcher qu'ils ne soient annulés, comme faits en fraude des créanciers [87].

Justinien a considérablement ajouté au rescrit de Marc-Aurèle par une constitution (1) dont l'analyse n'offrirait ici qu'un très médiocre intérêt. Je crois donc devoir, comme Justinien lui-même, renvoyer au texte original de cette constitution.

(1) *C*, 15, *eod.*

TITULUS XII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

Erant ante prædictam successionem olim et aliæ per universitatem successiones : qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat quando judicia ordinaria in usu fuerunt.

* Sed cum extraordinariis judi-
* ciis posteritas usa est, ideo cum
* ipsis ordinariis judiciis etiam bo-
* norum venditiones expiraverunt;
* et tantummodo creditoribus datur
* officio judicis bona possidere, et
* prout utile eis visum fuerit ea
* disponere : quod ex latioribus Di-
* gestorum libris perfectius appa-
* rebit. *

1. Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio,

TITRE XII.

DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES QUI RÉSULTAIENT SOIT DE LA VENTE DES BIENS, SOIT DU SÉNATUS-CONSULTE CLAUDIEN.

Autrefois, et antérieurement à la succession dont on vient de parler, il existait encore d'autres successions par universalité. Tel était l'achat des biens dont l'origine se rattache aux nombreuses formalités par lesquelles on procédait à la vente des biens d'un débiteur.

Cette vente a eu lieu tant que les procédures ordinaires ont été en usage; mais plus tard on a suivi la procédure extraordinaire, et alors les ventes de biens ont disparu avec la procédure ordinaire : on permet seulement aux créanciers de saisir les biens avec la permission du juge, pour en disposer comme ils le croiront utile. C'est ce qu'on trouvera plus amplement développé au Digeste.

1. Le sénatus-consulte Claudien établissait encore une déplorable acquisition par universalité,

dans le cas où une femme libre, n'écoutant que sa passion pour un esclave, perdait sa liberté même, en vertu du sénatus-consulte, et avec sa liberté sa fortune.

cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, et cum libertate substantiam.

Jugeant cette disposition indigne de notre siècle, nous l'avons supprimée dans notre empire, et avons défendu de la reproduire dans notre Digeste.

Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus.

EXPLICATION.

PR.

933. Les biens du débiteur peuvent être vendus sur la poursuite des créanciers, soit après sa mort, lorsqu'il n'existe aucun successeur [1]; soit pendant sa vie, lorsqu'il a fait la cession de biens dont nous parlerons plus loin [1268]; lorsqu'il n'exécute pas, dans le délai déterminé, les condamnations qu'il a encourues; enfin, lorsqu'il se cache à dessein, *latitat*, pour qu'on ne puisse pas obtenir d'action contre lui, et pourvu, dans ce dernier cas, que personne ne se porte défendeur en son nom [2].

Dans ces différents cas, la totalité des biens se vendait en masse, avec des solennités dont le détail se trouve dans Théophile, ainsi que dans Gaïus [3], et par suite desquelles le *bonorum emptor* se trouvait en quelque sorte assimilé au *bonorum possessor*. L'un et l'autre, en effet, sont des successeurs prétoriens qui exercent, ou contre qui s'exercent, sous le titre d'actions fictives, toutes les actions de la personne dont ils possèdent le patrimoine [4].

934. Par suite du changement survenu dans la procédure, lorsque les *judicia ordinaria* sont devenus *extraordinaria* [1367], les ventes solennelles sont tombées en désuétude; mais les créanciers ont conservé le droit de se faire envoyer en possession des biens de leur débiteur pour en disposer d'après certaines règles [5].

(1) *Diocl. et Max. C.* 5, *de bon. auct. jud.* — (2) *Diocl. et Max. C.* 4, *cod.* — (3) 3 *inst.* 79. — (4) *Gaius,* 4 *inst.* 34 *et* 35. — (5) *Text. hic.*

En effet, dans les différents cas dont nous avons parlé, les créanciers peuvent, pour la conservation de leurs droits, *rei servandæ causa* (*a*), se faire envoyer en possession par le magistrat (1), et acquérir ainsi un gage (2) que l'on appelle communément prétorien. Le magistrat, avec l'assentiment des créanciers ou du plus grand nombre d'entre eux, désigne un ou plusieurs curateurs qui administrent pour tous les créanciers, et qui exercent ou contre qui s'exercent toutes les actions qui pourraient être données au débiteur ou contre lui (3).

Enfin, après un délai dont la durée est inconnue, les créanciers sont autorisés à vendre les biens séparément et non en masse, pour être payés sur le prix (4).

§ I.

935. Les biens d'un condamné sont acquis au fisc lorsque la condamnation emporte moyenne, ou à plus forte raison grande *capitis deminutio* (5), et par suite servitude de la peine; mais dans plusieurs autres cas, ceux qui perdent la liberté tombent sous la puissance d'un particulier qui devient maître de leur personne et de tous leurs biens. Nous avons ici pour exemple un cas spécial de servitude établi par le Sc. Claudien, l'an de Rome 806, de J.-C. 53, et supprimé par Justinien (6).

De là résultait une acquisition semblable à celle dont nous avons parlé au titre X, sauf que le préteur, ne rescindant jamais ni la grande ni la moyenne *capitis deminutio*, ne donne aucune action contre les débiteurs qui ont perdu la liberté ou le droit de cité; mais il accorde une action utile contre le nouveau propriétaire des biens, et si ce dernier ne se porte pas

(1) *Diocl. et Max. d. C.* 5, *de bon. auct. jud.* — (2) *Ulp. fr.* 26, § 1, *de pigner. act.* — (3) *Ulp. fr.* 2, *pr. et* § 1, *de curat. bon.* — (4) *Diocl. et Max. C.* 9, *de bon. auct. jud.* — (5) *Callistr. fr.* 1, *de bon. damnat.* — (6) *Text. hic*; *C. de sc. claud. toll.*

(*a*) *Ulp. fr.* 7, *quib. ex caus. in poss.* Le pupille est aussi envoyé en possession des biens du tuteur qui COPIAM SUI NON FACIT (§ 9, *de susp. tut.*) et par là empêche l'allocation d'aliments dont nous avons parlé [325]. Cette possession est accordée au pupille comme aux créanciers *rei servandæ causa*, mais dans un but différent. En privant ainsi le tuteur de ses biens, *ut re sua careat* (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de susp. tut.*), on veut seulement le contraindre à se présenter : aussi ne fait-on vendre que les choses susceptibles de dépérir, *quæ mora deteriora futura sunt* (*d.* § 9). On les vend dans l'intérêt du tuteur même; car les aliments dont le pupille a besoin se prennent sur ses propres biens, et non sur les biens du tuteur (*Ulp. fr.* 3, § 6; *Tryph. fr.* 6, *ubi pupil. educ.*).

défendeur en donnant la caution *judicatum solvi* pour le montant total des dettes, les créanciers sont envoyés en possession des biens (1), comme on l'a dit ci-dessus [934].

936. Dans le cas particulier de notre texte, le Sc. Claudien semblerait avoir eu pour but de punir la débauche des femmes libres, qui s'abandonnent à l'esclave d'autrui ; mais cette idée que font naître les expressions de Justinien (*servili amore bacchata*) se rectifie par l'examen des autres textes. Il s'agit, en effet, d'une espèce de mariage appelé *contubernium*, que les esclaves contractaient, soit entre eux, soit avec des personnes libres (2) ; et il n'était pas sans exemple qu'une fille de famille se mariât ainsi avec le consentement et sous l'influence de son père (3). Dans ce cas, les enfants naissaient libres, malgré l'esclavage du père [73], et, par conséquent, échappaient au maître de ce dernier. C'est pour attribuer à ce maître la postérité de son esclave mâle, que le Sc. Claudien rend la femme esclave du même maître.

Cela est tellement vrai que le sénatus-consulte ne statue pas d'une manière générale contre toutes les femmes qui s'abandonnent à un esclave quelconque, mais spécialement contre celles qui s'unissent en *contubernium* à l'esclave d'autrui (4) ; et dans ce cas même le sénatus-consulte ne s'applique, ni contre la femme à qui le maître devrait du respect, par exemple s'il était son fils ou son affranchi (5), ni malgré les conventions qu'il aurait faites avec toute autre femme (a). Aussi le Sc. Claudien ne frappe-t-il la femme que dans le cas d'un *conturbernium* contracté sans le consentement du maître, et lorsqu'elle persévère dans cette union malgré l'opposition qu'il manifeste par trois avertissements successifs (6). Alors la femme abdique, pour ainsi dire, sa liberté ; elle devient esclave *connubio* (7), à cause de l'union qu'elle a contractée, et par l'autorité du ma-

(1) *Ulp. et Paul. fr.* 2, *fr.* 7, § 2, et 3, *de capit. men.* — (2) *Paul.* 2 *sent.* 21, § 6. — (3) *Paul. fr.* 27, *deposit.* — (4) *Paul.* 2 *sent.* 21, §§ 1, 6, 7, 9, 10 et 12. — (5) *Paul. ibid.*, §§ 13 et 16. — (6) *Paul. ibid.*, §§ 1 et 17. — (7) *Valent. C.* 6, *C. Th.*, *ad. sc. claud.*

(a) Lorsque le maître avait consenti, la femme conservait sa liberté ; mais par une exception qui a duré jusqu'au règne d'Adrien, les enfants naissaient esclaves comme leur père (*Gaius*, 1 *inst.* 84). Tacite (12 *Annal.* 53) dit que dans ce même cas, la femme, quoique libre, ne restait pas ingénue ; elle était considérée comme affranchie. Ce passage de Tacite est confirmé par Paul (3 *sent.* 10, § 2) et par l'auteur inconnu du traité *de jure fisci*, § 12.

gistrat qui l'adjuge au maître de l'esclave dont elle ne veut pas se détacher [1].

Justinien, toujours favorable aux affranchissements, abroge le Sc. Claudien [2].

[1] *Paul. ibid.*, § 17; *Theoph. hic.* — [2] *Text. hic*; *C.* 6, *de sc. claud. toll.* V. §§ 1 et 3, *de libert.*; § 7, *qui et ex quib. caus.*; *pr.*, *de leg. fus. can.*; § 4, *de donat.*

TITULUS XIII.

DE OBLIGATIONIBUS.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.

1. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ aut certe jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

2. Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

TITRE XIII.

DES OBLIGATIONS.

Passons maintenant aux obligations. L'obligation est un lien de droit qui nous astreint, conformément aux règles de notre droit civil, à la nécessité de payer une chose.

1. La principale division des obligations les sépare toujours en deux classes; elles sont civiles ou prétoriennes. Les obligations civiles sont établies par les lois, ou du moins approuvées par le droit civil. Les obligations prétoriennes sont celles que le préteur a établies par sa propre juridiction; on les appelle aussi honoraires.

2. Vient ensuite une division en quatre branches. En effet, les obligations existent par un contrat ou comme par un contrat, par un délit ou comme par un délit. Voyons d'abord celles qui résultent d'un contrat: on en distingue également quatre espèces; car elles se contractent ou par la chose, ou par paroles, ou par écrit, ou par le consentement. Examinons chaque espèce en particulier.

EXPLICATION.

937. Jusqu'ici nous avons traité de la propriété ; c'est à son occasion que nous avons parlé de l'hérédité, de la possession de biens, des effets de l'adrogation et de plusieurs successions qui transportent à une personne tous les droits et conséquemment tous les biens qui appartenaient à une autre. Les obligations, dont nous commençons à nous occuper, n'ont plus le même but ; il n'entre pas dans leur nature de faire qu'une chose nous soit acquise. L'obligation ne transporte pas le domaine ; elle ne l'ôte point au débiteur et ne l'attribue point au créancier. Seulement elle établit entre différentes personnes un lien, un rapport, qui astreint l'une d'elles envers l'autre, en imposant à la première la nécessité de donner, de faire ou de prester la chose qui forme l'objet de l'obligation : *ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* [1].

Ainsi, par exemple, relativement à une maison, le débiteur est tenu de la donner lorsqu'il est dans la nécessité de rendre le créancier propriétaire ; car DARE signifie spécialement conférer la propriété [482] ; et par cela même qu'il faut donner, il est évident que l'obligation n'a pas opéré la translation qu'elle rend nécessaire. En effet, le créancier, s'il était déjà propriétaire, ne pourrait pas acquérir une seconde fois le même objet : l'obligation de donner ou, en d'autres termes, la nécessité de conférer la propriété au créancier, suppose donc qu'il n'est pas encore propriétaire [2].

Le bâtiment que nous avons considéré comme objet d'une obligation de donner deviendrait l'objet d'une obligation qui astreint à faire, s'il s'agissait de le construire ou de le réparer, etc. Enfin, il y a obligation de PRESTER, lorsqu'un débiteur est astreint à livrer une chose sans être tenu d'en transférer la propriété en même temps que la possession. Telle est notamment l'obligation du vendeur envers l'acheteur (*a*).

(1) *Paul. fr.* 3, *de oblig. et act.* — (2) § 14, *de action.* V. § 2, *de inutil. stip.*; § 10, *de legat.*: *Paul. fr.* 14. § 2, *de except. rei jud.*

(*a*) V. *Ulp. fr.* 11, §§ 1 *et* 2, *de act. empt.* Le mot *præstare* a souvent plusieurs autres acceptions dont le sens n'est pas bien précisé.

PR.

938. L'obligation, ainsi nommée du verbe *ligare*, constitue un lien de droit (*vinculum juris*) par lequel nous sommes tenus (*adstringimur*) jusqu'au moment où l'obligation est exécutée; alors le lien est rompu et le débiteur est délié. En effet, le verbe *solvere*, appliqué à l'obligation même, exprime la rupture du lien qui la constituait ([1]); appliqué aux personnes, il indique qu'elles sont libérées ou dégagées ([2]). Relativement à la chose pour laquelle les parties sont engagées, le verbe *solvere* indique spécialement la dation, ou le paiement proprement dit qui accomplit l'obligation de donner ([3]); mais dans une acception plus générale, il indique aussi l'accomplissement de toute obligation, soit qu'elle consiste à donner, à faire, ou à prester ([4]). C'est dans ce dernier sens que l'obligation, suivant notre texte, nous impose la nécessité *alicujus rei solvendæ* [1113].

En effet, les liens qui constituent l'obligation ne sont pas de nature à subsister indéfiniment; l'obligé peut se libérer en exécutant l'obligation, et non seulement il le peut, mais il le doit et s'y trouve contraint malgré lui (*secundum jura civitatis nostræ*) par les moyens que donne le droit civil.

Le principal moyen consiste dans une action accordée à celui qui veut faire exécuter l'obligation contre celui qui s'y refuse, et s'il existe des engagements d'où il ne puisse naître aucune action, ils sortent de la classe des obligations civiles ou obligations proprement dites ([5]); on les nomme obligations naturelles [1116]. Pour le moment, nous n'avons à considérer que les obligations civiles, les seules dont on s'occupe ici. Dans ce sens, l'obligation devient inséparable de l'action qui la sanctionne.

§ I.

939. La force que l'action donne à l'obligation lui est toujours attribuée par le droit civil, en ce sens qu'elle ne résulte jamais du droit des gens. Sous ce rapport, les obligations proprement dites sont toujours obligations civiles; mais le droit civil lui-même se distingue en droit honoraire et droit civil

([1]) *Paul. fr.* 54, *de solut.* — ([2]) *Pap. fr.* 116, *de verb. obl.; Ulp. fr.* 16, *pr. et* § 1, *de accept.* — ([3]) *Pr., quib. mod. toll. obl.* — ([4]) *Ulp. fr.* 176, *de verb. signif.* — ([5]) *Ulp. fr.* 7, §§ 2 *et* 4, *pact.*

proprement dit [23], selon qu'il est établi, soit par les édits des magistrats, soit par les lois, par les sénatus-consultes ou par les constitutions, *quæ legis vicem obtinent* [1] Cette distinction s'applique notamment aux actions [2], et par suite aux obligations. Ces dernières sont prétoriennes ou civiles, comme l'action qui les sanctionne, et suivant que cette dernière résulte du droit honoraire ou du droit civil proprement dit.

§ II.

940. Les obligations, soit civiles, soit prétoriennes, tirent leur existence de différentes causes ou circonstances dont le caractère et le nombre ne sont pas constatés avec la certitude et la précision désirables. Modestinus [3] fait dériver les obligations de plusieurs sources que Gaïus, dans ses Institutes [4], réduit à deux, le contrat et le délit ; mais ailleurs, ce même jurisconsulte [5] ajoute que les obligations naissent aussi *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Cette locution obscure s'explique imparfaitement par un autre texte [6], où Gaïus s'occupe de plusieurs obligations nées de circonstances qui ne constituent ni contrats, ni délits proprement dits, et qui cependant ne sont pas sans analogie soit avec les uns, soit avec les autres; de là Gaïus conclut que, dans ces différentes circonstances, on est tenu comme on le serait, tantôt par un contrat, *quasi ex contractu.... quasi ex mutui datione*, tantôt par un délit, *quasi ex maleficio teneri* [7]. Ainsi, dans le sens de Gaïus, les obligations naissent des contrats et des délits comme de deux sources principales, et forment deux classes dans chacune desquelles se rangent improprement d'autres obligations qui ne dérivent ni d'un contrat, ni d'un délit [1092, etc.].

Telle est la division que Justinien emprunte, mais sans la suivre exactement, lorsqu'il énumère quatre classes d'obligations, la première pour les contrats, la troisième pour les délits, les seconde et quatrième pour certaines obligations qu'on assimile à l'une ou à l'autre classe, comme si elles étaient formées par un contrat (*quasi ex contractu*) ou par un délit (*quasi ex maleficio*).

(1) § 7, *de except.* — (2) §§ 3, 8 *et seqq.*, *de action.* — (3) *Fr.* 50, *de obl. et act.* — (4) 3 *inst.* 88. — (5) *Fr.* 1, *de obl. et act.* — (6) *Fr.* 5, *cod.* — (7) *Fr.* 5, §§ 1, 2, 3 *et* 4, *cod.*

941. Occupons-nous d'abord des contrats. Justinien les subdivise en quatre branches : en effet, les contrats se forment par la remise d'une chose ou par l'exécution d'un fait (*re*), par des expressions solennelles que les parties prononcent (*verbis*), par certaines écritures qu'elles font (*litteris*), ou enfin par leur consentement (*consensu*). De là les contrats réels, verbaux, littéraux, consensuels.

Tous les contrats, sans exception, sont consensuels en ce sens qu'ils ne peuvent exister que par un accord de volontés entre les contractants, volontés dont le concours forme le consentement ou la convention (¹). Il n'y a point de contrat sans convention : mais, en sens inverse, il y a souvent convention sans contrat ; car le consentement, toujours indispensable, suffit rarement pour constituer un contrat. Le plus souvent il faut remettre ou faire quelque chose, exprimer sa volonté verbalement ou par écrit en termes consacrés. Alors, on dit que certains contrats se forment RE, VERBIS ou LITTERIS, pour indiquer que leur formation exige, outre la convention, une circonstance additionnelle (²) ; et dans ce sens, on les oppose aux contrats purement consensuels qui existent, indépendamment de toute autre circonstance, par le seul consentement des parties (³).

Justinien s'occupe d'abord des contrats réels.

(¹) *Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.* — (²) 3 *inst.* 89. V. *Ulp. d. fr.* 1, § 3, *de pact.* — (³) *Pr., de obl. ex cons.*

TITULUS XIV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro. Quas res aut numerando aut metiendo aut adpendendo in hoc damus ut accipientium

TITRE XIV.

DE QUELLES MANIÈRES UNE OBLIGATION SE CONTRACTE PAR LA CHOSE.

L'obligation se contracte par la chose, par exemple, dans la dation en *mutuum*. La dation en *mutuum* a pour objet les choses qu'on apprécie au poids, au nombre ou à la mesure, comme le vin, l'huile, le froment, la monnaie, l'airain, l'argent, l'or. En donnant ces sortes de choses au compte, à la mesure ou au poids, on en trans-

fère la propriété à celui qui les reçoit, et celui-ci devra rendre ultérieurement [1], non pas les mêmes objets, mais d'autres objets de même nature et qualité. De là est venu le nom de *mutuum*, parce que dans ce cas la propriété passe de moi à toi. De ce contrat naît une action qui s'appelle condiction.

fiant, et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis reddantur [1]: unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur condictio.

1. Lorsque par erreur on a payé ce qui n'était pas dû, celui qui a reçu le paiement se trouve également obligé par la chose, et on obtient pour agir en répétition contre lui, l'action dite condiction; car la condiction « s'il appert qu'il « soit tenu de donner » peut s'intenter contre lui comme s'il avait reçu un prêt. Ainsi, lorsque par erreur et sans autorisation de tuteur, on a payé à un pupille ce qu'on ne lui devait pas, il n'est point tenu par la condiction de l'indû, pas plus qu'il ne serait tenu d'un prêt. Toutefois cette espèce d'obligation ne résulte pas d'un contrat; car celui qui veut faire un paiement, cherche moins à former une obligation qu'à la dissoudre.

1. Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio; nam perinde ab eo condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium quam contrahere.

2. Celui qui reçoit un objet en commodat, c'est-à-dire pour s'en servir, s'oblige aussi par la chose, et est tenu par l'action de commodat; mais il diffère essentiellement de ceux qui reçoivent un prêt; car en lui remettant la chose on ne l'en rend pas propriétaire. Aussi doit-il rendre l'objet même:

2. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione: sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum

[1] Et comme celui-ci devra rendre... de là est venu, etc.

[1] *Vulgo* : et QUONIAM nobis... INDE etiam, etc.

accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Alioqui, si id quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium prædonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est : alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum.

3. Præterea et is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ non tenetur. Itaque

celui qui a reçu un prêt, et qui perd la chose par cas fortuit, comme par incendie, ruine, naufrage, attaque des voleurs ou des ennemis, n'en reste pas moins obligé. Quant au commodataire, sans doute il doit donner à la conservation de la chose un soin absolu, et celui qu'il apporte ordinairement à ses propres affaires ne suffirait pas si la chose pouvait être conservée par une personne plus soigneuse; mais il ne répond pas de la force majeure ou des cas fortuits qui sont arrivés sans sa faute. Autrement si vous emportez en voyage l'objet qu'on vous a remis en commodat, et si vous le perdez, soit dans une attaque des ennemis ou des voleurs, soit dans un naufrage, vous êtes, sans aucun doute, tenu de le rendre. Il y a commodat proprement dit, lorsque vous recevez un objet pour vous en servir sans donner et sans fixer aucune rétribution : autrement, s'il y a rétribution, le contrat est un louage d'usage; car le commodat doit être gratuit.

3. Celui chez lequel on dépose un objet est encore obligé par la chose, et soumis à l'action de dépôt, car il est aussi tenu de restituer la chose qu'il a reçue. Le dépositaire répond seulement du dol qu'il a pratiqué, mais non de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence. Aussi

n'a-t-il rien à craindre, lorsque, faute de soin, il a laissé voler la chose; en effet, celui qui remet un objet à la garde d'un ami négligent, doit s'en prendre à sa propre facilité.

4. Le créancier qui reçoit un gage est pareillement obligé par la chose, car il est aussi tenu, par l'action pignoratitienne, à restituer la chose qu'il a reçue; mais, comme le gage se donne dans l'intérêt commun du débiteur dont il favorise le crédit, et du créancier dont il garantit la créance, on a décidé qu'il suffirait à ce dernier d'apporter à la conservation de la chose un soin absolu; et si, malgré ce soin, un événement fortuit lui fait perdre la chose, il peut être sans inquiétude; rien ne l'empêche d'exiger sa créance.

securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur, quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

EXPLICATION.

PR. et § I.

942. L'acquisition de la propriété devient souvent la cause d'une obligation imposée à celui qui acquiert, par exemple lorsqu'on a légué l'usufruit d'une chose dont le simple usage emporte consommation. Dans ce cas, le légataire devient propriétaire; mais en même temps il s'oblige à restituer l'équivalent de ce qu'il a reçu (1), et cette obligation remplace la nue propriété qui devait rester à l'héritier [435].

Ce résultat, auquel on arrive pour exécuter indirectement la disposition du testateur, est le but direct que se proposent deux contractants, lorsque l'un transfère à l'autre la propriété de

(1) *Ulp. fr. 5, § 1, de usufr. ear. rer.* V. *Javol. fr. 10, de præscr. verb.*

certaines choses pour lesquelles ce dernier devra donner le même nombre, le même poids ou la même mesure de choses semblables. Dans ce cas, les contractants, sans considérer l'identité des objets, s'attachent uniquement aux quantités ; en sorte qu'à égalité de poids, de nombre ou de mesure, les objets semblent exactement remplacés par d'autres objets de même nature et de même qualité (*non eædem res sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis*). Ainsi donc, il faudra rendre non seulement du blé pour du blé, du vin pour du vin [1], mais encore du blé pareil, du vin du même cru et de même âge [2].

943. Dans ce cas, la dation et l'intention commune des parties constituent le contrat qu'on appelle MUTUUM (*a*), à raison de la translation de propriété qui s'opère sur tout ce que l'emprunteur reçoit au compte, au poids ou à la mesure [3]; car lorsqu'on livre de cette façon (*numerando, adpendendo aut metiendo*), c'est pour transférer la propriété (*in hoc damus ut accipientium fiant*), et alors l'objet que je vous remets *fit ex* MEO TUUM. Cette étymologie semble plus ingénieuse que vraie. Cujas [4] ne la croit pas mieux établie que celle du mot *testamentum* [5].

Quoi qu'il en soit, le *mutuum* et l'obligation qui en résulte n'existent pas à l'égard des choses que nous recevons sans les acquérir [6], notamment à l'égard des valeurs monnayées qui nous sont remises par tout autre que le propriétaire [7], ou par un propriétaire incapable d'aliéner [502]. Dans l'un et l'autre cas, l'emprunteur, n'ayant rien acquis, n'est tenu d'aucune obligation ; *non contrahit obligationem.* Il est simplement détenteur d'une chose qui ne lui appartient pas : aussi la chose prêtée sera-t-elle revendiquée, non par le prêteur, mais par celui à qui elle appartient [8].

944. Puisque le *mutuum* s'opère par une translation de propriété, il consiste dans une dation, *mutui datione*, comme la donation [482], sauf cette différence, que le donataire ne s'oblige à rien, tandis que l'emprunteur s'oblige en acquérant. Il en faut dire autant des personnes qui reçoivent du blé ou tout autre

(1) *Paul. fr.* 2, *de reb. cred.* — (2) *Pomp. fr.* 3, *eod.* — (3) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 90; *Paul. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.* — (4) *Ad d. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.* — (5) *Pr., de test. ord.* — (6) *Paul. d. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.* — (7) *Paul. fr.* 16, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.*

(*a*) En français, ce même contrat se nomme prêt. Aussi parlerai-je du prêteur et de l'emprunteur pour désigner les personnes qui contractent le *mutuum*.

objet, à la charge de donner en place une chose différente, par exemple du vin; ces personnes deviennent en même temps propriétaires du blé et débitrices du vin: mais le contrat dans ce cas n'est plus un *mutuum*, c'est un échange [1059]. Cette différence, dans les effets de la dation résulte uniquement de la volonté des parties et du but qu'elles se sont proposé; c'est leur intention qui distingue le *mutuum*, soit de l'échange, soit de la donation entre-vifs ou à cause de mort (1); c'est l'intention enfin qui détermine l'effet de la tradition et qui, relativement au même objet, caractérise tantôt un *mutuum*, tantôt un dépôt, un commodat, etc. (2).

L'action qui résulte du *mutuum* s'appelle condiction [1231].

Le § 1 sera expliqué [1106] avec le § 6 du titre XXVII.

§ II.

945. La tradition n'a pas toujours pour but de transférer la propriété. On ne la fait souvent que pour mettre une personne en état d'employer à son usage la chose qu'on lui remet (*utenda datur*). Dans ce cas la tradition, sans nous attribuer ni la propriété, ni cette partie du droit de propriété qu'on en détache quelquefois sous le nom d'usage, donne non pas le droit, mais la possibilité d'user. De là une différence caractéristique entre le commodat qui nous occupe ici, et le *mutuum*; car, bien que l'un et l'autre se forment par la remise des choses, bien que cette remise oblige toujours celui à qui elle est faite, cependant l'obligation qui en résulte varie comme l'intention et le but des contractants. Dans le *mutuum*, l'emprunteur doit avoir la propriété; il rend des objets semblables, sans rendre identiquement les mêmes objets. Dans le commodat, au contraire, l'emprunteur doit se borner à tirer de la chose un service, un usage compatible avec la conservation de cette chose. Aussi ne devient-il pas propriétaire, et ne peut-il pas rendre un objet pour un autre. Il doit restituer identiquement ce qu'il a reçu, *de ea re ipsa restituenda tenetur* (3).

Cette distinction est très importante lorsque la chose périt chez celui qui l'a reçue. Dans le *mutuum*, les cas fortuits, tels qu'un naufrage, un incendie, la force majeure résultant d'une

(1) *Paul. fr.* 3, § 1, *de obl. et act.; fr.* 2, *de reb. cred.; Julian. fr.* 19, *eod.* — (2) *Paul. d. fr.* 2, *eod.* — (3) *Text. hic; Gaius, fr.* 1, § 3, *de obl. et act.* V. *Pomp. et Ulp. fr.* 8 *et* 9, *commod.*

attaque de voleurs ou d'une irruption de troupes ennemies, ne libèrent pas l'emprunteur (*nihilominus obligatus remanet*), parce qu'il est devenu propriétaire, ou plutôt parce que l'objet qui a péri n'est pas précisément celui qu'il doit rendre [945]. Il en est autrement du commodataire qui, obligé de restituer identiquement la chose reçue, ne doit plus rien dès que cette chose périt par accident.

946. Le commodataire n'est donc pas responsable des cas fortuits, ou pour mieux dire il ne l'est pas toujours ; car, si l'on ne peut empêcher un naufrage ni résister à la force majeure, il est souvent facile de ne pas s'y exposer, par exemple, de garder chez soi l'argenterie que l'on emprunte pour traiter des convives. En pareil cas, si la maison du commodataire est forcée par des brigands, il ne répond pas des objets que ceux-ci enlèvent ; mais s'il emporte cette même argenterie en voyage, s'il l'expose par son fait à des chances dont elle aurait été préservée dans son domicile, ces chances retomberont sur lui ([1]). Les cas fortuits dont le commodataire n'est pas tenu sont donc uniquement ceux qui n'ont été occasionnés par aucune faute de sa part, *si modo non ipsius culpa is casus advenerit*.

Ce qu'on a dit pour une attaque de brigands (*latronum incursu*) ne s'applique pas au vol de la chose. Le commodataire à qui profitent les services ou l'usage de cette chose en est par cela même gardien, *necesse habet custodiam præstare* ([2]), et par suite il devient responsable, lorsqu'il laisse voler, perdre ou échapper la chose. Sous ce rapport, il doit donner aux objets dont il use un soin que notre texte appelle *exacta diligentia*, en ajoutant, pour expliquer cette expression, que le commodataire, lorsqu'il donne à la chose prêtée tous les soins qu'il donne habituellement à sa propre chose, ne fait pas toujours assez (*nec sufficit*). En effet, dans le cas où un homme plus soigneux (*alius diligentior*) aurait pu conserver cette chose, le commodataire est tenu de la perte ou de la détérioration qu'une surveillance plus exacte aurait évitée. A la vérité, celui qui emploie un objet à l'usage pour lequel on le lui a remis, ne répond pas de la détérioration pour ainsi dire inévitable qui résulte de ce même usage ; mais il répond du tort qu'il a occasionné par sa faute ([3]).

947. Le commodat se forme presque toujours pour l'avan-

([1]) *Text. hic, Gaius, fr. 1, § 4, de obl. et act.; fr. 18, commod.; Ulp. fr. 5, § 7, eod.* — ([2]) *§ 16, de obl. quæ ex del.* — ([3]) *Pomp. fr. 23 ; Ulp. fr. 10, commod.*

tage exclusif du commodataire : cependant cet avantage est quelquefois partagé par l'autre partie (1), et quelquefois même il lui appartient tout entier (2). Alors la responsabilité du commodataire est assimilée, suivant le cas, soit à la responsabilité du mari à l'égard des objets dotaux, soit à la responsabilité du dépositaire, conformément aux principes que nous exposerons plus loin [1076].

Du reste, et de quelque manière que soit combiné le contrat, le commodataire use toujours gratuitement (3). Rien cependant de plus ordinaire que d'user de certaines choses moyennant une rétribution (*mercede accepta vel constituta*) ; mais dans ce cas, l'usage de la chose n'est pas prêté, il est loué (*locatus usus rei videtur*). Au lieu d'un commodat, c'est un contrat différent, c'est-à-dire un louage (4).

948. Il est certaines choses *quæ ipso usu consumuntur*, dont l'usage ordinaire absorbe et détruit la substance, en sorte qu'à leur égard *uti* et *abuti* ont le même résultat : aussi avons-nous vu [435] que les droits d'usufruit ou d'usage ne peuvent s'établir sur ces sortes de choses. Il sera pareillement impossible de les donner en commodat, lorsqu'il s'agira d'un usage plein et entier ; mais le commodataire n'obtient souvent qu'un usage limité, qui n'est pas toujours incompatible avec la conservation des choses (a) *quæ ipso usu consumuntur*. Celles-ci pourront donc devenir l'objet d'un commodat, lorsqu'on les prêtera seulement AD POMPAM ET OSTENTATIONEM (5). Dans tout autre cas, celui qui, pour se servir d'une chose, en absorberait la substance, ne restituerait pas la chose ; il ne pourrait que la remplacer par un autre objet du même genre ; et alors, au lieu d'un

(1) *Gaius, d. fr.* 18, *eod.* — (2) *Ulp. fr.* 5, § 10, *eod.* — (3) *Text. hic, in fin.* — (4) § 2, *de loc. cond.* — (5) *Ulp. fr.* 3, § 6, *commod.*

(a) Pour se servir d'une valeur monnayée, il faut la dépenser. Passée en d'autres mains, elle cesse d'exister, du moins pour celui qui l'a mise en circulation, et qui ne peut plus en faire une seconde fois le même usage (*ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur ;* § 2, *de usufr.*). Il en est autrement des pièces de monnaie dont on se sert au jeu pour marquer les points, ou des monnaies étrangères qu'un changeur reçoit pour garnir provisoirement les collections qu'il lui importe d'étaler. Dans ces deux cas et d'autres semblables, on se sert de la chose en la conservant ; les écus peuvent être restitués en nature, et par conséquent devenir l'objet d'un commodat (V. *Gaius, fr.* 4, *commod.*). Les exemples analogues ne manqueraient pas relativement aux autres substances qui se consomment ordinairement par l'usage.

commodat, il existerait un *mutuum*. Nul doute en effet que le *mutuum* ne soit régulièrement établi sur l'argent monnayé et sur les denrées telles que le blé, le vin, l'huile, etc.; car ces sortes de choses sont précisément citées pour exemple parmi celles *quæ pondere, numero mensurave constant* ([1]). Plusieurs textes ([2]) les rangent également au nombre de celles *quæ ipso usu consumuntur;* de là vient qu'on a confondu les choses qui se consomment par l'usage avec celles *quæ pondere, numero mensurave constant;* et comme ces dernières sont les seuls qui se donnent en *mutuum* ([3]), les interprètes (*a*) ont limité ce contrat aux choses qui se consomment par l'usage, et à l'égard desquelles le commodat n'existe que dans un cas spécial et assez rare. D'après ce système, les choses qui peuvent faire l'objet d'un commodat ne pourraient pas devenir l'objet d'un *mutuum*, et réciproquement, sauf l'unique exception du commodat *ad pompam et ostentationem.*

949. Cependant il existe beaucoup de choses dont la tradition constitue tantôt un *mutuum*, tantôt un commodat, et cela d'après la seule volonté des contractants. C'est leur intention qui, pour les espèces monnayées et autres choses susceptibles de se consommer par l'usage, caractérise le commodat *ad pompam et ostentationem;* cette même intention peut constituer un *mutuum* d'objets qui ne se consomment point par le simple usage (*b*). Celui qui reçoit une chose pour la restituer identiquement, re-

([1]) *Pr., h. t.* — ([2]) § 2, *de usufr.* V. *Gaius, fr.* 7, *de usufr, ear. rer.* — ([3]) *Pr., h. t.; Paul. fr.* 2, § 1, *de reb. cred.*

(*a*) Pothier, *Prêt de consomption*, *n*^os 22 *et* 25; *Prêt à usage*, *n*° 17; Domat, *Lois civiles*, *liv.* 1, *tit.* 6, *sect.* 1, *n*° 4.

(*b*) Les livres passent d'un lecteur à un autre sans se consommer. On les emprunte souvent dans l'intention de rendre identiquement le même volume, qui alors devient l'objet d'un commodat; mais lorsqu'un libraire prend un ou plusieurs exemplaires chez un voisin, auquel il rendra plus tard autant d'exemplaires de la même édition, le contrat qui se forme entre eux n'est évidemment qu'un *mutuum*. Selon Domat (*loc. cit.*), on ne donne pas en *mutuum* « des animaux et autres choses « qui, quoique de même espèce, sont différentes en qualité dans l'individu. » C'est ainsi qu'il interprète le texte de Paul (*fr.* 2, § 1, *de reb. cred.*) et celui des Institutes (*pr., h. t.*); cependant il est très possible de donner en *mutuum* des animaux, par exemple, des chevaux. Ainsi lorsqu'un fournisseur manque de chevaux pour la remonte d'un régiment, il s'adresse à un autre fournisseur qui lui procure ce dont il a besoin, mais à la charge de rendre ultérieurement autant de chevaux de même âge, de même taille, en un mot réunissant les mêmes qualités : n'est-ce pas un *mutuum*? N'en serait-il pas de même si un boucher livrait à l'autre quatre moutons, pour lesquels ce dernier s'obligerait à donner le mois suivant quatre autres moutons de même pesanteur, etc., etc.?

çoit un commodat ; il reçoit un *mutuum* toutes les fois, au contraire, qu'il est autorisé à remplacer les choses reçues par autant de choses semblables : dans ce dernier cas, ainsi que nous l'avons déjà dit, les parties ne considèrent pas l'identité des objets ; elles s'attachent uniquement à la similitude générique et aux quantités. Les quantités s'apprécient par le nombre, par la pesanteur et par les dimensions des choses ; et les choses forment des quantités, lorsqu'elles sont livrées au compte (*numerando*), au poids (*adpendendo*), ou à la mesure (*metiendo*). Alors, d'après l'intention des parties, *numero, pondere mensurave constant* (1), et elles sont acquises à celui qui, en les recevant, s'oblige à rendre une même quantité de choses semblables.

Pour acquitter cette obligation, la chose à restituer peut être prise indifféremment parmi les choses du même genre, parce que relativement au but que les contractants se sont proposé, elles se représentent mutuellement, ou, suivant l'expression de Paul (2), IN SUO GENERE FUNCTIONEM *recipiunt*. De là est venue, pour les choses qui s'apprécient au compte, au poids ou à la mesure, la dénomination de choses fongibles, dénomination qui serait prise dans un sens trop exclusif, si on la restreignait aux seules choses, ou si on l'étendait à toutes les choses *quæ ipso usu consumuntur*. Ces dernières sont ordinairement considérées comme fongibles, mais elles cessent de l'être pour quiconque les emprunte *ad pompam et ostentationem*, ou les prend soit en dépôt, soit en gage (3). Réciproquement, beaucoup d'objets, qui ne se consomment point par l'usage, peuvent être donnés tantôt en *mutuum*, tantôt en commodat, en dépôt ou en gage. Ils sont fongibles dans le premier cas, non fongibles dans le second, suivant la nature du contrat et des obligations qui en résultent, ou, ce qui revient au même, suivant le but et l'intention des contractants. Ainsi les choses *quæ ipso usu consumuntur* se distinguent par leur nature même ; tandis que la distinction des choses fongibles ou non fongibles dépend uniquement du rapport sous lequel on les a considérées, et cadre exactement avec les distinctions qui opposent le genre aux individualités, les quantités aux corps certains.

950. Les obligations dont le commodataire est tenu donnent lieu contre lui à une action spéciale (*commodati actione*), qui prend le nom même du contrat dont elle dérive directement, en

(1) *Pr., h. t.* — (2) *Fr.* 2, § 1, *de reb. cred.* — (3) §§ 3 *et* 4, *h. t.*

ce sens que, dans tout commodat, la chose reçue doit nécessairement être restituée. Ainsi, point de commodat où le commodataire ne soit obligé, et, par conséquent, soumis à une action : en cela, il diffère du commodant qui, en cette qualité, n'est ordinairement tenu à rien. Toutefois le contrat, qui n'est pas pour ce dernier une cause d'obligation, peut en devenir l'occasion; ainsi, par exemple, il devra indemnité pour les dépenses extraordinaires qu'aura exigées la conservation de la chose, ou pour le tort que son usage aura causé par suite des défauts que connaissait le commodant, et qu'ignorait le commodataire (1). Semblable indemnité sera due aussi dans plusieurs autres cas (2), notamment si le prêteur a intempestivement repris l'objet du commodat : car, si chacun est libre de ne pas contracter ou de limiter à son gré la durée du contrat, on ne doit pas changer d'intention après le contrat formé ; on ne doit pas faire tourner contre le commodataire le service qu'il a cru obtenir (3). Dans ces circonstances et autres semblables, il pourra donc, en défendant à l'action intentée contre lui, faire valoir tous les griefs qu'il aurait contre le commodant, et alors les indemnités réciproquement demandées se compenseront [1273] ; mais, en outre, le commodataire peut aussi agir contre le commodant (4) par une action dite CONTRARIA *commodati actio* ou CONTRARIUM *commodati judicium* (5), par opposition à l'action principale qu'on appelle *directa*.

§ III.

951. Le dépositaire reçoit une chose, non pour l'employer à son usage comme le commodataire, mais pour la conserver et la garder à ceux qui l'ont placée chez lui comme dans un lieu de sûreté (6). Le dépôt se forme gratuitement (7), comme le commodat, mais dans un intérêt directement contraire, puisque l'avantage du contrat appartient tout entier au déposant (8). Aussi le terme fixé pour la durée du dépôt ne profitera-t-il qu'au déposant, en lui permettant de refuser une restitution intempestive, sans que le dépositaire puisse jamais retarder la restitution qu'on lui demande ; en effet, il ne peut avoir aucun

(1) *Gaius, fr.* 18, §§ 2 *et* 3, *commod.; Paul. fr.* 22, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 17, § 5, *eod.; Afric. fr.* 21, *eod.* — (3) *Paul. d. fr.* 17, § 3, *eod.* — (4) *Gaius, fr.* 18, § 4, *commod.* — (5) *Paul. fr.* 17, § 1 ; *fr.* 22 ; *Afric. fr.* 21 ; *Gaius, fr.* 18, § 4, *eod.* — (6) *Ulp. fr.* 1, *depos.; Paul.* 2 *sent.* 12, §§ 2, 3 *et* 4. — (7) *Ulp. fr.* 1, §§ 8 *et* 9, *eod.* — (8) *Gaius, fr.* 1, § 5, *de obl. et act.; Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*

motif de prolonger le service purement gratuit qu'il rend au déposant. Celui qui reçoit nos bons offices doit toujours être libre d'y renoncer, mais celui de qui on les reçoit ne doit pas les interrompre au mépris de la foi promise [1]. Aussi, dans le dépôt, en sens inverse de ce qui arrive dans le commodat (950), la restitution peut-elle être demandée même avant l'échéance du terme convenu [2], mais elle ne peut être offerte par anticipation qu'autant que le dépositaire a des motifs graves pour se décharger du dépôt [3].

952. Par la même raison, c'est-à-dire parce que le dépositaire rend un service entièrement désintéressé, il obtient par l'action *contraria* des indemnités qu'on n'accorde pas au commodataire : par exemple, pour les frais de nourriture, s'il s'agit d'un esclave ou d'un animal quelconque [4]. Réciproquement, l'action de dépôt directe est moins rigoureuse que l'action de commodat : le dépositaire ne répond pas du vol de la chose déposée [5]; enfin les fautes ou négligences qu'on lui reproche ne l'exposent à aucune condamnation : s'il est tenu, c'est uniquement pour le dol qu'il aurait commis (*ex eo solo si quid dolo commiserit*), par exemple, en détruisant ou détériorant à dessein la chose déposée ou en la vendant. Quant aux héritiers du dépositaire, ils peuvent ignorer le dépôt et vendre de bonne foi. Dans ce cas ils ne sont pas tenus de payer toute la valeur de la chose; ils doivent seulement rendre le prix qu'ils ont touché, ou céder les actions qu'ils ont soit pour toucher le prix s'il est encore dû, soit pour reprendre la chose même. En effet, quoiqu'ils aient été de bonne foi lors de la vente, ils cessent de l'être et commettent un dol dès qu'ils cherchent à retenir un bénéfice quelconque. Aussi leur enlève-t-on, par l'action du dépôt, tout ce dont ils se sont enrichis [6].

La condamnation que peut encourir le dépositaire n'est pas toujours limitée à la valeur des objets déposés : elle monte quelquefois au double [1134].

§ IV.

953. Le créancier qui, pour sûreté de sa créance, reçoit une chose en gage, s'oblige à rendre la chose même, et se

§ (1) *Paul. fr.* 17, § 3, *commod.* — (2) *Ulp. fr.* 1, §§ 45 *et* 46, *depos.* — (3) *Ulp. fr.* 5, 2, *eod.* — (4) *Modest. fr.* 23, *depos.*; *Gaius, fr.* 18, § 2, *commod.* — (5) *Text. hic, in fin.*; § 17, *de obl. quæ ex del.* — (6) *Ulp. et Paul. fr.* 1, § 47; *fr.* 2, 3 *et* 4, *depos.*

trouve en conséquence soumis à une action directe, dite *pigneratitia*, qui peut être exercée contre lui, aussitôt qu'il a obtenu satisfaction de la dette pour laquelle le gage était constitué (*a*). Il doit aussi tenir compte des fruits et de tous autres profits perçus à l'occasion de cette chose [1], notamment du prix qu'il a touché par suite de la vente [2] qu'il est autorisé à faire [507]. Le compte s'établit en imputant le prix sur la dette, pour rendre l'excédant au débiteur. Quant à l'objet même du gage, il doit être identiquement restitué lorsqu'il est encore entre les mains du créancier [3], c'est-à-dire lorsqu'il n'a point été aliéné ou détruit, et sauf la responsabilité que peut avoir encourue le créancier.

Le créancier est gardien de la chose dans le même sens que le commodataire, et comme lui responsable du vol [1076], sans être plus que lui garant des cas purement fortuits (946) et de la force majeure [4]. Quoique le débiteur perde sa propriété, et le créancier la sûreté qui résultait du gage, ce dernier peut toujours exiger son paiement [5], pourvu qu'il ait donné au gage le soin que notre texte appelle *exacta diligentia* (1074, 1076).

954. Le créancier gagiste, comme le commodataire et le dépositaire, exerce l'action *contraria* pour se faire indemniser du tort que lui aurait causé la chose [6], et des dépenses qui l'auraient améliorée [7]. Il exerce aussi la même action dans plusieurs autres cas [8], notamment lorsque l'objet donné en gage ne l'a pas été par son véritable maître [9].

Dans ce cas, le créancier n'ayant pas le droit d'hypothèque qu'il voulait obtenir, et qui ne peut être conféré sur une chose que par les personnes capables d'en disposer [10], éprouve un préjudice dont l'appréciation est soumise au juge de l'action *pigneratitia*. En effet, le contrat, quoiqu'il ait pour objet la

(1) *Ulp. fr.* 22, *de pigner. act.; Sever. et Ant. C.* 1 *et* 2, *eod.*— (2) *Pap. fr.* 42, *eod.; Paul.* 2 *sent.* 13, § 1. — (3) *Pap. fr.* 40, § 2, *de pigner. act.* — (4) *Text. hic; Diocl. et Max. C.* 19, *de pign. et hyp.* — (5) *Text. hic, in fin.; Alex. C.* 6, *de pigner. act.*— (6) *Afric. fr.* 31, *de pigner. act.* — (7) *Pomp. fr.* 8; *Ulp. fr.* 25, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 22, §§ 3 *et* 4; *fr.* 36, *pr. et* § 1, *eod.* — (9) *Paul. fr.* 16, § 1, *eod.* — (10) *Marcian. fr.* 1, *pr. et* § 1, *quæ res pign., Sever. et Ant. fr.* 1 *et* 2, *si alien. res.*

(*a*) *Ulp. fr.* 9, § 3; *fr.* 11, § 3, *de pigner. act.* Gordien, par une constitution postérieure (*C. etiam ob chirogr.*), veut que, pour retirer le gage, le débiteur acquitte, non seulement la dette pour laquelle ce gage a été constitué, mais encore toutes les autres obligations dont il est tenu envers le même créancier.

chose d'autrui, n'en est pas moins valable entre les contractants : ils sont donc tenus de remplir leurs obligations respectives, notamment celle de restituer la chose à celui de qui on la tient (¹).

Il en est de même dans le commodat et dans le dépôt. Celui qui a prêté ou déposé la chose d'autrui peut agir par les actions directes de commodat et de dépôt (²), pourvu cependant qu'il ne les intente pas contre le propriétaire même; car nul ne peut être dépositaire, commodataire ou locataire de sa propre chose (³).

955. Le gage et le dépôt se forment, comme nous l'avons vu, par la tradition d'un objet qui passe entre les mains du créancier ou du dépositaire sans devenir sa propriété. Sous ce rapport, ces deux contrats diffèrent essentiellement de l'ancienne fiducie, par laquelle une personne s'engage à transférer ultérieurement la chose qu'on lui transfère actuellement par mancipation ou par *cessio in jure*, dans un but particulier. C'est ainsi que pour dissoudre sa puissance, un père de famille mancipait ses enfants *contracta fiducia* (200). C'est ainsi pareillement que pour confier un dépôt à un ami ou pour donner un gage à un créancier, on leur transférait la propriété, à condition que le dépositaire la retransférerait à la première demande, et le créancier dès que la dette aurait été payée. La fiducie ainsi contractée produisait une action de fiducie, directe ou contraire, comme les actions de dépôt ou de gage. Dans ce cas, le débiteur ou le déposant avait même, pour recouvrer la propriété, une usucapion particulière, dite *usureceptio*, qui s'accomplissait à leur profit sans bonne foi et par une seule année de possession, même pour les immeubles (⁴).

(¹) *Ulp. fr.* 9, § 4, *de pigner. act.; fr.* 22, § 2, *eod.* — (²) *Paul. et Marcel. fr.* 15 *et* 16, *commod.; Ulp. fr.* 1, § 39, *depos.* — (³) *Julian. fr.* 15, *depos.; Ulp. fr.* 45, *de reg. jur.* — (⁴) *Gaius,* 2 *inst.* 59 *et* 60 ; *Paul.* 2 *sent.* 13.

TITRE XV.

DES OBLIGATIONS PAR PAROLES.

Une obligation se contracte par paroles au moyen d'une interrogation et d'une réponse, lorsque

TITULUS XV.

DE VERBORUM OBLIGATIONE.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione cum quid dari fierive

nobis stipulamur : ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu si incerta. Quæ hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

1. In hac re olim talia verba tradita fuerunt : SPONDES? SPONDEO. PROMITTIS? PROMITTO. FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. FIDEJUBES? FIDEJUBEO. DABIS? DABO. FACIES? FACIAM. Utrum autem latina an græca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest : scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat; nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci latina lingua obligationem contrahere possunt.

* Sed hæc solemnia verba olim * quidem in usu fuerunt; postea * autem Leoniana constitutio lata * est, quæ solemnitate verborum * sublata sensum et consonantem * intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est. *

2. Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub conditione fit : pure, veluti QUINQUE AU-

nous stipulons une dation ou un fait. Cette obligation produit deux actions ; savoir, la condiction ou l'action *ex stipulatu*, suivant que la stipulation est certaine ou incertaine. La stipulation tire son nom du mot *stipulum*, qui chez les anciens signifiait solide, probablement parce qu'il dérive de *stipes* (souche).

1. Pour former cette obligation, on employait autrefois les expressions suivantes : « Vous » répondez? Je réponds. Vous » promettez? Je promets. Vous » vous portez fidépromisseur ou » fidéjusseur? Je me porte fidé» promisseur ou fidéjusseur. » Vous donnerez? Je donnerai. » Vous ferez? Je ferai. » Peu importe que la stipulation soit conçue en latin, en grec, ou en toute autre langue, pourvu toutefois que cette langue soit comprise de tous les contractants. Il n'est pas même nécessaire qu'ils parlent tous deux la même langue ; il suffit que la réponse concorde avec la question : bien plus, deux Grecs peuvent contracter cette obligation en latin.

Les expressions solennelles que nous venons d'indiquer ont été jadis en usage; mais ensuite une constitution de l'empereur Léon a supprimé la solennité des paroles, en exigeant seulement que les contractants s'accordent et se comprennent réciproquement, quelles que soient d'ailleurs les expressions dont ils se servent.

2. Toute stipulation est pure et simple, à terme, ou sous condition : pure et simple, par exem-

ple, « Vous promettez de me don- » ner cinq, » et dans ce cas on peut agir immédiatement ; à terme, quand la stipulation indique le jour auquel la somme sera payée ; par exemple : « Vous pro- » mettez de me donner dix aux » calendes de mars. » Ce qu'on stipule à terme est dû à l'instant même ; mais on ne peut l'exiger avant le jour ni même dans le jour indiqué par la stipulation, car le débiteur doit avoir la journée tout entière pour payer. Il n'est pas certain, en effet, que l'obligation ne sera pas acquittée dans le jour, tant que ce jour n'est pas expiré.

3. Lorsqu'on stipule de cette manière : « Vous promettez de me » donner dix par an tant que je » vivrai, » l'obligation est pure et simple, et perpétuelle, parce qu'on ne peut pas devoir temporairement ; toutefois la demande formée par l'héritier sera repoussée par l'exception du pacte.

4. On stipule sous condition, lorsqu'on fait dépendre l'obligation d'un événement déterminé, pour qu'elle ait effet si tel événement arrive ou s'il n'arrive point ; par exemple : « Si Titius est créé » consul, promettez-vous de me » donner cinq ? » Stipuler en ces termes : « Promettez-vous de me » donner, si je ne monte pas au » Capitole, » c'est en résultat stipuler pour l'époque de sa mort. La stipulation conditionnelle ne produit que l'espoir d'une créance, espoir transmissible aux héritiers

REOS DARE SPONDES ? idque confestim peti potest ; in diem, cum adjecto die quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti DECEM AUREOS PRIMIS CALENDIS MARTIIS DARE SPONDES ? Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet ; neque enim certum est eo die in quem promissum est, datum non esse, priusquam is prætererit.

3. At si ita stipuleris, DECEM AUREOS ANNUOS QUOAD VIVAM DARE SPONDES ? et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest ; sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

4. Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti ; SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES ? Si quis ita stipuletur, SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO DARE SPONDES ? perinde erit ac si stipulatus esset, cum morietur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in here-

dem transmittimus, si priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

5. Loca enim inseri stipulationi solent, veluti CARTHAGINE DARE SPONDES? Quæ stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus injectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam; et ideo si quis Romæ ita stipuletur, HODIE CARTHAGINE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

6. Conditiones quæ ad præteritum vel præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt, veluti : SI TITIUS CONSUL FUIT VEL, SI MÆVIUS VIVIT, DARE SPONDES? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent statim valet : quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri vel non fieri; et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit. Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici

du stipulant, quand il décède avant l'accomplissement de la condition.

5. Souvent aussi la stipulation désigne un lieu; par exemple : « Promettez-vous de me donner à » Carthage? » Cette stipulation semble pure et simple; mais en réalité elle donne au débiteur le temps dont il a besoin pour payer à Carthage. Ainsi, lorsqu'étant à Rome, nous stipulons en disant : « Promettez-vous de me donner » aujourd'hui à Carthage, » la stipulation est inutile, puisqu'on promettrait l'impossible.

6. Les conditions qui se réfèrent à une époque présente ou passée, par exemple : « Promettez-vous de » donner si Titius a été consul, » ou « si Mévius est vivant, » ou infirment immédiatement l'obligation, ou n'ont aucune valeur : en effet, si le fait n'existe pas, la stipulation est nulle; et au contraire, si le fait existe, elle a dès à présent toute sa force : car un fait certain dans l'ordre des événements ne suspend pas l'obligation, quoique incertain relativement à nous.

7. La stipulation peut avoir pour objet non-seulement des choses, mais aussi des faits, par exemple, lorsque nous stipulons qu'un fait sera exécuté ou qu'il ne le sera pas; et alors il est bon d'ajouter une peine, pour que l'importance de la stipulation ne reste pas incertaine, et pour éviter au demandeur la nécessité de prouver quel est son intérêt. Ainsi,

lorsqu'on stipule l'exécution d'un fait, la peine doit être conçue de cette manière : « Faute de ce faire, » promettez-vous de donner dix à » titre de peine? » Mais lorsqu'on stipule en même temps l'exécution de certains faits et la non-exécution de certains autres faits, on doit ajouter la clause suivante : « En » cas de contravention ou à défaut » d'exécution, promettez-vous de » donner dix à titre de peine? »

pœna debet : SI ITA FACTUM NON ERIT, TU POENÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? Sed si quædam fieri, quædam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda : SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENÆ NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES?

EXPLICATION.

PR.

956. Nous venons de voir plusieurs contrats, que l'on nomme réels, se former par la remise d'un objet que l'une des parties livre à l'autre. Souvent la convention devient obligatoire et produit action sans qu'il intervienne aucune dation ni tradition, à cause de certaines paroles que les contractants prononcent respectivement, et alors il y a *verborum obligatio*, parce que le contrat résulte d'une solennité verbale (*verbis contrahitur*).

Cette solennité consiste dans une interrogation que l'un des contractants adresse à l'autre, et dans une réponse que fait ce dernier ; ce qui arrive, dit notre texte, lorsque nous stipulons *aliquid dari fierive*. En effet, stipuler c'est se faire promettre par une autre personne que l'on interroge, et qui répond en prononçant les expressions nécessaires pour s'obliger *verbis* ou par stipulation (*a*).

(*a*) *Pomp. fr.* 5, § 1, *de verb. obl.* Deux obligations spéciales pouvaient se contracter *verbis*, par les paroles que prononçait le débiteur sans interrogation préalable. La première est l'obligation dite *operarum*, qui résultait du serment de l'affranchi [921]; la seconde est l'obligation de fournir une dot. Au lieu de promettre une dot en répondant à une stipulation, le père et les ascendants paternels de la femme, la femme elle-même ou son débiteur délégué par elle, pouvaient se contenter de *dicere dotem*, en déclarant, par une formule solennelle, le montant de la dot qu'ils s'engageaient à fournir, comme on le voit encore dans plusieurs textes (*Ulp.* 6 *reg.* 1 *et* 2; *Gaius*, 2 *epitom.* 9, § 4; *Julian. fr.* 44, § 1; *fr.* 46, § 1; *Javol. fr.* 57; *Paul. fr.* 25, *de jur. dot.*).

La stipulation n'est donc, à proprement parler, qu'une manière de contracter, une forme dont on se sert pour donner aux conventions la force qu'elles n'auraient pas autrement [1], et c'est à raison même de leur effet confirmatif que ces formules ont été appelées stipulations, comme l'indiquent suffisamment l'origine et l'étymologie du nom, telles que les présente notre texte.

957. La convention ainsi fortifiée par la stipulation devient un contrat qui produit deux actions ; le stipulant exerce l'une ou l'autre, d'après la nature de l'obligation, et selon que la stipulation est certaine ou incertaine. Dans le premier cas, il agit par la *condictio certi* ou condiction proprement dite ; dans le second, par l'action EX STIPULATU [2], qui se nomme aussi *condictio incerti* [1231].

La stipulation certaine est celle dont l'énoncé même suffit pour faire connaître l'objet ou les objets corporels dont il précise la nature et la quantité, par exemple, dix pièces d'or, l'esclave Stichus, cent mesures de froment africain de première qualité, etc. [3]; mais au contraire, lorsqu'on stipule un esclave sans le désigner spécialement, une quantité déterminée de certaines marchandises, comme du blé ou du vin, sans en indiquer la qualité, ou une chose incorporelle, par exemple un usufruit, la stipulation est incertaine [4]. Il en est de même, à plus forte raison, lorsque le promettant s'oblige à faire ou à ne pas faire.

§ VII.

958. En effet, nous stipulons *aliquid dari fierive*, c'est-à-dire des choses (*res*) que le promettant s'engage à donner, et des faits (*facta*) qu'il devra exécuter ou dont il devra s'abstenir, *aliquid fieri vel non fieri*.

La stipulation d'un fait positif ou négatif est toujours incertaine [5]. L'obligation de bâtir une maison, de creuser un fossé, astreint à faire, en ce sens que, pour accomplir directement l'obligation et pour libérer le débiteur, il suffit à celui-ci de construire l'édifice ou de creuser le fossé ; mais toutefois le créancier ne poursuit pas l'exécution d'un semblable fait, comme on

(1) *Paul. 5 sent. 7, § 1.* — (2) *Text. hic ; Ulp. fr. 24 ; fr. 9, pr. et § 3, de reb. cred.* — (3) *Gaius, fr. 74, de verb. obl.* — (4) *Ulp. fr. 75, pr., §§ 1, 2, 3 et 7, eod.* — (5) *Ulp. fr. 75, § 7, de verb. obl.*

poursuit la dation ou même la simple prestation d'une chose quelconque. Avant d'agir contre celui qui serait obligé à faire, il faut lui laisser le temps dont il a besoin pour accomplir le fait (*a*), et alors le montant de la condamnation se règle sur l'intérêt que le demandeur avait à ce que le défendeur exécutât sa promesse ([1]).

Cet intérêt, plus ou moins fort suivant les circonstances, doit être prouvé par le demandeur, excepté lorsque les contractants l'ont eux-mêmes déterminé, en ajoutant à l'obligation une sanction qu'on nomme peine ou clause pénale. Cette sanction se joint à la stipulation principale par une autre stipulation conditionnelle, qui produit son effet lorsque le débiteur est en demeure, c'est-à-dire en retard d'exécuter la première. Alors le créancier demande, non pas *id quod interest*, mais la somme déterminée qui forme l'objet d'une stipulation certaine ([2]); et c'est précisément pour que la stipulation ne reste pas incertaine ([3]), et pour que le créancier ne soit pas dans la nécessité de prouver *id quod interest*, que notre texte invite ceux qui stipulent un fait, à stipuler aussi une clause pénale dont nous trouvons ici plusieurs formules [1004].

§ I.

959. Justinien rapporte ici différentes locutions usitées à Rome pour faire la question et la réponse dont se compose la stipulation. Il se hâte d'ajouter que l'on peut employer les expressions correspondantes, soit en grec, soit même en toute autre langue (*qualibet alia lingua*), pourvu que chacun des contractants entende (*intellectum habeat*), par soi-même ou par un interprète fidèle ([4]), la langue ou les langues dont ils se servent; car on n'exige pas qu'ils parlent le même idiome. Il suffit que celui à qui s'adresse l'interrogation fasse une réponse conforme à la question, comme nous l'expliquerons plus loin [1000].

La faculté laissée aux stipulants de traduire dans un autre

([1]) *Cels. fr.* 13, *pr. et* § 1, *de re jud.* — ([2]) *Paul. fr.* 68, *de verb. obl.* — ([3]) *Venul. fr.* 11, *de stipul. prœt.* — ([4]) *Ulp. fr.* 1, § 6, *de verb. obl.*

(*a*) *Pomp. fr.* 14, *de verb. obl.*; *Marcel. fr.* 98, § 1, *eod.*). Ulpien (*fr.* 72, § 2, *eod.*) veut au contraire que l'on puisse agir contre le débiteur du fait dès qu'il est en retard de faire, et sans attendre l'époque à laquelle l'ouvrage aurait pu être terminé.

idiome les locutions latines de notre texte n'était pas aussi générale que Justinien semble l'annoncer : la langue grecque a eu, sous ce rapport, un privilége dont l'extension aux autres langues paraissait douteuse à Ulpien ([1]), et cette langue elle-même aurait inutilement fourni une locution correspondante à la formule SPONDES SPONDEO, dont les citoyens romains avaient l'usage exclusif. Cette formule appartenait donc au droit civil ; tandis que les autres étaient du droit des gens, et c'est par ce motif même que les citoyens et les *peregrini* les employaient indistinctement, et les traduisaient dans une autre langue ([2]).

960. Justinien ne reproduit pas cette distinction, parce que la solennité des paroles avait été supprimée dans le Bas-Empire, par l'empereur Léon ([3]), qui a déclaré les stipulations valables, quelles que fussent les paroles prononcées (*quibuscumque* VERBIS *expressum est*). Il faut toujours une interrogation et une réponse ; mais il importe peu qu'elles soient renfermées dans telle ou telle locution.

La stipulation n'a donc pas cessé d'être un contrat verbal, toujours distinct des pactes et même de plusieurs contrats qui se forment par le seul consentement.

§ II.

961. La stipulation est pure et simple, lorsqu'elle n'est modifiée par aucun terme ou par aucune condition : dans ce cas, le débiteur jouit du délai nécessaire pour livrer la chose promise ([4]) ; car lors même qu'on est tenu de payer sur-le-champ, l'obligation et le paiement ne se suivent pas si rapidement qu'il ne reste entre eux quelque intervalle ([5]). Si notre texte déclare que la chose promise peut être immédiatement exigée (*confestim*), c'est en ce sens seulement que l'action du créancier, régulièrement intentée, ne tombera pas dans le cas de la pluspétition ([6]).

962. Il en est autrement lorsque le débiteur promet de donner à jour fixe (*in diem*), par exemple *primis calendis martiis*, c'est-à-dire au premier mars prochain. Dans ce cas, le stipulant perdrait son action, s'il l'intentait avant le jour fixé et même dans le jour fixé. En effet, le débiteur qui paie le premier mars,

([1]) *Fr.* 1, § 6, *eod.* — ([2]) *Gaius*, 3 *inst.* 93. V. § 7, *de fidej.* — ([3]) *C.* 10, *de contrah. et commit.* — ([4]) § 27, *de inutil. stip.* — ([5]) *Paul. fr.* 105, *de solut.* — ([6]) *Pap. fr.* 118, § 1, *de verb. obl.*

à la dernière minute du jour, est encore dans le premier mars, et par conséquent dans le délai, qui lui appartient tout entier [1]. Par la même raison, la chose qu'on promet de donner dans le mois ou dans l'année ne sera pas exigible tant que le dernier jour du mois ou de l'année ne sera pas expiré [2].

La chose promise à terme ne doit donc être demandée qu'après le temps fixé; cependant elle est due à l'instant même de la stipulation (*statim quidem debetur*) : ainsi, le terme diffère et retarde l'exercice des droits du créancier, sans empêcher l'existence actuelle de la créance. Sous ce rapport, le terme, ainsi que nous le verrons plus loin [966], diffère essentiellement de la condition.

§ III.

963. Le jour fixé comme on vient de le voir détermine l'époque à laquelle doit être exécutée l'obligation, et la stipulation est *in diem* [3], ou *ex die* suivant Paul [4], qui appelle stipulations *ad diem* celles dont l'exécution doit commencer immédiatement et continuer jusqu'au jour indiqué [5].

Telle est notamment la stipulation d'une somme, dont le paiement doit se renouveler chaque année (*decem annuos*) jusqu'au décès du stipulant, *quoad vivam*.

Dans ce cas, le créancier conserve le droit d'agir tant que le terme n'est pas arrivé; mais après l'échéance, que devient l'obligation? Si l'on ne consultait que l'intention des parties, on n'hésiterait pas à déclarer la dette éteinte; mais il existe, pour les obligations, plusieurs modes d'extinction déterminés par le droit civil (V. *tit.* 29), et l'expiration d'un laps de temps n'y est pas comprise : *ad tempus deberi non potest.* Ainsi, malgré la fixation d'un terme ajouté à l'obligation pour limiter sa durée, elle subsiste à perpétuité comme si l'on avait stipulé *decem annuos*, sans ajouter *quoad vivam* [6].

964. Toutefois le terme fixé ne demeure pas inutile; s'il n'éteint pas l'obligation, du moins il fournit au débiteur une exception contre l'action intentée par le stipulant ou par ses héritiers après le terme convenu.

Dans le cas prévu par notre texte, le terme fixé *quoad vivam*

(1) *Text. hic; Pap. d. fr.* 118, § 1, *de verb. obl.* — (2) § 26, *de inutil. stip.; Pomp. fr.* 42, *de verb. obl.* — (3) § 2, *h. t.* — (4) *Fr.* 44, § 1, *de obl. et act.* — (5) *Julian. fr.* 56, § 4, *de verb. obl.* — (6) *Pomp. fr.* 16, § 1, *de verb. obl.*

ne peut arriver qu'à la mort du stipulant. C'est donc à ses héritiers que le débiteur opposera l'exception *pacti* [1330].

§ V.

965. Nous avons eu ci-dessus l'exemple d'une stipulation faite avec mention du jour où la somme promise doit être payée, *adjecto die quo pecunia solvatur* (1). On peut aussi indiquer, pour le paiement, un lieu autre que celui où les parties contractent, et par exemple convenir à Rome que le paiement sera fait à Carthage. Au premier aperçu, cette obligation semble pure et simple, car aucun délai n'en diffère l'exécution. Cependant qu'arriverait-il si, promettant à Rome une somme payable à Carthage, je m'engageais à payer le jour même? Je promettrais l'impossible, et la stipulation resterait inutile. L'obligation de payer dans un autre lieu n'est donc pas toujours pure et simple; et, pour ne pas la laisser sans effet, lorsque les parties n'ont fixé aucun terme, on suppose qu'en reportant l'exécution du contrat dans un autre lieu, elles l'ont aussi reporté à un autre temps, c'est-à-dire au temps nécessaire pour franchir la distance. Ainsi l'indication du lieu peut emporter tacitement (*re ipsa*) l'existence d'un terme (2).

§ IV.

966. La stipulation conditionnelle dépend d'un événement incertain (*aliquem casum*), en sorte qu'elle n'a d'effet qu'autant que le cas prévu se réalise, et seulement lorsqu'il se réalise : alors, suivant l'expression des textes, COMMITTITUR STIPULATIO (3).

Nous trouvons ici deux stipulations conditionnelles. La première est subordonnée au cas où tel événement arrivera (*si aliquid factum... fuerit*), c'est-à-dire à une condition positive, par exemple, si Titius parvient au consulat. La condition négative, au contraire, se réfère au cas où tel événement n'arrivera point (*si aliquid factum... non fuerit*), par exemple, si le stipulant ne monte pas au Capitole. Cette dernière condition reste en suspens tant que le fait est possible; mais elle s'accomplit lorsqu'il devient certain que le fait n'arrivera pas, c'est-à-dire

(1) § 1, *h. t.* — (2) *Text. hic ; Paul. fr.* 73, *de verb. obl.; Ulp. fr.* 2, § 6, *de eo quod. cert. loc.* — (3) *Text. hic.* V. *Pap. fr.* 115, § 1, *de verb. obl.*

dans l'espèce, lorsqu'il devient impossible que le stipulant monte au Capitole. Stipuler sous une semblable condition, c'est donc stipuler pour le temps de sa mort (*perinde est ac si*, etc.), Aussi la stipulation ne produit-elle d'action que pour l'héritier du stipulant (*a*). Il en est de même lorsque je stipule *cum moriar* [1014], sauf cette différence que la stipulation *cum moriar* se réfère à un événement certain, et la stipulation *si in Capitolium non ascendero* à un événement douteux. Il en résulte que la première est à terme, et la seconde conditionnelle.

Le terme et la condition, quelle qu'elle soit, ont cela de commun que, dans l'intervalle, le créancier ne peut rien exiger ; mais le débiteur est libre de devancer l'échéance du terme : ce qu'il paie avant le temps est valablement payé, et le créancier n'est point soumis à la restitution qu'on exige de ceux qui reçoivent le paiement d'une chose indue ; notamment de la chose promise sous une condition qui n'est pas encore accomplie [1]. En effet, la stipulation conditionnelle ne constitue point la dette, mais seulement l'espérance, *spes est debitum iri* [2], et la possibilité d'une dette qui n'existera qu'à l'événement de la condition ; tandis au contraire que la chose promise à terme est due, quoiqu'elle ne soit pas encore exigible [3].

967. Le legs conditionnel donne pareillement une espérance qui se réalise avec la condition, et nous avons vu que l'époque où l'événement s'accomplit n'importe pas moins que l'événement même. En effet, dans les dispositions testamentaires qui sont toujours faites en considération de la personne, la condition s'accomplirait inutilement après le décès du légataire, et lors même qu'elle s'accomplit du vivant de ce dernier, le droit qui s'ouvre alors profite, soit au légataire lui-même, soit à l'ascendant ou au maître dont le légataire dépend à cette même époque, sans examiner ce qu'il était, dans quelle famille et sous quelle puissance il a pu se trouver antérieurement [726, 743]. Dans les obligations, au contraire, chacun contracte pour soi et

[1] *Pomp. fr.* 16, *pr.* et § 1 ; *Ulp. fr.* 17 et 18, *de cond. indeb.* — [2] *Text. hic.* V. *Marcian. fr.* 13, § 5, *de pign. et hyp.* — [3] *Ulp. fr.* 213, *de verb. signif.*

(*a*) Pareille condition insérée dans un testament n'empêche pas l'action du légataire ; celui-ci peut demander l'exécution du legs, sauf à fournir la caution Mutienne [733]. Dans les obligations conditionnelles au contraire, l'action ne peut jamais être intentée tant que la condition est en suspens, le créancier n'étant pas admis à fournir la caution Mutienne.

pour ses héritiers futurs ([1]), et le temps où la condition s'accomplit n'a pas la même importance : le décès du stipulant ne détruit pas un espoir qui passe à ses héritiers ([2]) ; et réciproquement, la condition accomplie après le décès du promettant oblige ses héritiers, comme elle l'aurait obligé lui-même ([3]). D'un autre côté, lorsqu'un fils de famille ou un esclave stipulent conditionnellement, l'obligation profite toujours au père ou au maître dont ils dépendent, et peu importe qu'ensuite ils décèdent, deviennent *sui juris*, ou passent sous une autre puissance ([4]) ; car c'est au moment du contrat qu'on se reporte rétroactivement pour apprécier l'effet de la stipulation ([5]), tandis que l'effet et la transmission du legs dépendent entièrement, et sans aucune rétroactivité, de l'époque où par l'événement de la condition *dies legati cedit* [743].

Supposons donc un legs et une stipulation subordonnés au même événement : s'il s'agit d'un fait douteux en lui-même, par exemple, du succès d'un voyage, le legs et la stipulation seront conditionnels. S'il s'agit d'un événement certain en lui-même, mais incertain quant à l'époque de son accomplissement, comme serait, par exemple, le décès de telle personne, le retard pourra changer l'effet du legs ; celui de la stipulation ne variera pas. Ainsi, dans le même cas, le legs, et en général les dispositions testamentaires, seraient conditionnels, tandis que la stipulation serait *in diem*. Ainsi le *dies incertus*, qui dans les obligations n'est qu'un terme, équivaut dans les testaments à une condition ([6]).

968. Bien que la stipulation conditionnelle réduise le stipulant à une simple espérance, elle ne laisse rien à la discrétion du promettant (*a*). Ce dernier ne doit rien faire qui empêche la condition de s'accomplir ; autrement il perdrait le bénéfice de cette condition [599], et l'obligation aurait son effet comme si le cas prévu s'était réalisé ([7]). Ainsi les parties n'ont plus la liberté de se dégager ; un nouveau consentement ne

([1]) *Cels. fr.* 9, *de probat.* — ([2]) *Text. hic.* — ([3]) § 25, *de inutil. stip.* — ([4]) *Pomp. fr.* 18, *de reg. jur.* — ([5]) *Paul. fr.* 78, *de verb. obl.* — ([6]) *Pap. fr.* 75 ; *fr.* 79, § 1, *de cond. et dem.* — ([7]) *Paul. fr.* 85, § 7, *de verb. obl.*

(*a*) La promesse n'est pas conditionnelle, mais entièrement nulle, lorsque le promettant contracte sous une condition qui le laisse absolument libre d'exécuter ou de ne pas exécuter la convention (*Ulp. fr.* 17 ; *Paul. fr.* 46, §§ 3 *et* 5 ; *Jav. fr.* 108, § 1, *de verb. obl.* ; *Pomp. fr.* 8, *de obl. et act.*).

sera plus nécessaire pour donner au contrat l'effet dont il est susceptible ; en un mot, il existe un lien, et cependant il n'y a pas de dette, puisque la chose promise ne commence à être due qu'au moment où cesse l'incertitude ([1]). C'est alors seulement qu'il y a CREDITUM, RES CREDITA OU PECUNIA CREDITA, quelle que soit d'ailleurs la cause d'où provient la dette, et malgré le terme qui, sans la rendre douteuse, retarde seulement l'action du créancier (*a*).

§ VI.

969. Les conditions dont nous avons parlé jusqu'ici se réfèrent toutes à un événement futur, dont l'incertitude tient en suspens l'effet du contrat. Il est possible que l'obligation se réalise, il est possible qu'elle demeure sans aucune force ; jusqu'à l'événement rien n'est décidé, rien ne peut l'être.

Il n'en serait pas de même si l'on faisait dépendre la stipulation d'un fait déjà passé (*si Titius consul fuit*) ou d'un fait présent (*si Mœvius vivit*). Car de deux choses l'une : ou le fait n'existe pas, et alors (*si ea ita non sunt*) l'obligation ne vaudra jamais (*nihil valet*) ; ou le fait existe, et alors (*sin autem ita se habent*) il assure dès à présent la validité du contrat (*statim valet*). En effet, l'avenir seul est incertain, lui seul peut donc être conditionnel ([2]) : le passé et le présent sont essentiellement invariables. On ignore souvent l'un et l'autre ; mais si le fait que nous ne connaissons pas encore est incertain pour nous (*apud nos incerta*), il n'en demeure pas moins certain *per rerum naturam* ([3]). Or on ne considère pas ici ce que telle personne sait ou ignore, mais ce qu'il est possible ou impossible de savoir ([4]).

([1]) *Ulp. fr.* 213, *de verb. signif.* — ([2]) *Pap. fr.* 39, *de reb. cred.* — ([3]) *Text. hic.* V. *Pap. fr.* 37, *eod.* — ([4]) *Scœvol. fr.* 38, *eod.*

(*a*) *Gaius*, 3 *inst.* 124 ; *Ulp. fr.* 7, *de verb. obl.*; *fr.* 1 *et* 10, *de reb. cred.*, *Paul. fr.* 2, §§ 3 *et* 5, *eod.*). Dans le *mutuum* il y a CREDITUM OU RES CREDITA (*Paul. d. fr.* 2, § 3). En effet, l'emprunteur est nécessairement tenu de rendre l'équivalent de ce qu'il reçoit ; mais en recevant une chose, on ne s'oblige pas toujours d'une manière aussi certaine, et alors il n'y a pas CREDITUM, *quoniam debitum iri non est certum* (*Ulp. fr.* 10, *de reb. cred.*). C'est ce qui arrive aussi dans la donation à cause de mort, parce que le donataire ne devra restituer la chose que dans une hypothèse incertaine (V. *Julian. fr.* 19, *eod.*).

TITULUS XVI.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat SPONDEO : ut puta cum, duobus separatim stipulantibus, ita promissor respondeat, UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO; nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt : MÆVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? si respondent singuli separatim SPONDEO.

1. Ex hujusmodi obligationibus, et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat.

2. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem

TITRE XVI.

DES COSTIPULANTS ET COPROMETTANTS.

Deux ou plusieurs personnes peuvent concourir soit à la même stipulation, soit à la même promesse. Elles concourent à la même stipulation, lorsque le débiteur, qu'elles ont toutes interrogé, répond : « Je le promets » : par exemple, lorsque le promettant, interrogé séparément par deux stipulants, répond : « Je promets à chacun de vous. » Mais s'il promet d'abord à Titius, et si ensuite, interrogé par un autre, il fait une nouvelle promesse, il y aura deux obligations distinctes, et point de costipulants. Pour que deux ou plusieurs personnes concourent à la même promesse, on les interroge de cette manière : « Mévius, » promettez-vous de donner dix? » Séius, promettez-vous de donner » cette même somme? » et chacune répond séparément : « Je le promets. »

1. Dans ce genre d'obligations, la totalité est due à chacun des stipulants, et chacun des promettants doit la totalité. Toutefois il n'existe, d'un côté comme de l'autre, qu'une seule dette : le paiement reçu par un des costipulants éteint la créance de tous, et le paiement fait par un des copromettants les libère tous.

2. L'un des copromettants peut s'obliger purement et simplement,

l'autre à terme ou sous condition, sans que ce terme ou cette condition empêchent d'agir contre celui dont l'obligation est pure et simple.

vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.

EXPLICATION.

PR.

970. La stipulation, ainsi que nous l'avons déjà vu [956], se compose d'une interrogation et d'une réponse; mais dans un sens plus étroit, et par opposition à la promesse ou réponse de la personne qui s'oblige, la stipulation proprement dite désigne l'interrogation faite par la personne au profit de laquelle se contracte l'obligation. Dans ce sens, le stipulant se nomme *reus stipulandi*, le promettant *reus promittendi* (1).

971. Il arrive quelquefois que l'interrogation est faite par plusieurs personnes; et alors il existe au moins deux stipulants (*stipulandi duo pluresve rei*).

Pour apprécier le véritable sens de cette locution, examinons dans quel cas on l'applique. Notre texte suppose d'abord deux stipulants qui, l'un après l'autre, interrogent la même personne. Celle-ci, avant de parler, attend toutes les interrogations, et ensuite elle répond à toutes en même temps. Autrement, en effet, si à une première interrogation elle faisait une réponse, puis à une autre interrogation une autre réponse, etc., chaque réponse compléterait envers chacun des stipulants une obligation distincte de celle qui précède ou qui suit (*alia atque alia obligatio*) : le promettant serait tenu de plusieurs dettes, et aurait pour chacune d'elles un stipulant, un créancier particulier. Il n'existerait donc pas *duo rei stipulandi*, c'est-à-dire plusieurs stipulants pour une seule et même obligation, *cum una sit obligatio* (2). Pour ne contracter qu'une obligation envers plusieurs stipulants, il importe de ne faire qu'une promesse, *semel responsum esse* (3) : aussi, dans l'exemple de notre texte, le pro-

(1) *Modest. fr.* 1, *de duob. reis.* — (2) *Ulp. fr.* 3. § 1, *eod.* — (3) *Gaius, fr.* 28, § 2. *de stip. serv.*

mettant ne répond-il qu'après avoir été interrogé par tous les stipulants, *post omnium interrogationem.*

Pareil concours s'établit aussi, et de la même manière, entre plusieurs copromettants (*duo pluresve rei promittendi*), lorsqu'avant de répondre ils ont tous été interrogés par le stipulant. Du reste, il importe peu qu'on les interroge et qu'ils promettent tous ensemble, en parlant au pluriel, *spondetis, spondemus* (1), ou séparément en parlant au singulier (*spondes, spondeo*). L'important est de ne pas intercaler les questions et les réponses (*a*).

§ I.

972. L'objet stipulé doit être le même, parce qu'en effet plusieurs stipulants ou plusieurs promettants n'établiraient pas entre eux le concours et l'unité d'obligations dont nous avons parlé, si la dette avait pour chaque personne un objet différent (2). Ainsi, malgré la concurrence de plusieurs copromettants ou de plusieurs costipulants, dans l'un comme dans l'autre cas (*in utraque obligatione*), il y a unité d'objet, UNA RES VERTITUR. La chose est due en totalité (*solidum*) à chacun de ceux qui l'ont stipulée, et par chacun de ceux qui l'ont promise; mais elle n'est due qu'une seule fois, en sorte que le paiement fait à l'un des costipulants ou par l'un des copromettants, suffit pour éteindre entièrement l'obligation. Il libère en même temps et le débiteur qui paie, et tous ses codébiteurs; il les libère non seulement envers le créancier qui reçoit le paiement, mais envers tous ses cocréanciers (3).

(1) *Pomp. fr.* 4; *Ulp. fr.* 3, *de duob. reis.* — (2) *Javol. Pap. et Gaius, fr.* 2; *fr.* 9, § 1; *fr.* 15, *eod.* — (3) *Text. hic*; *Javol. fr.* 2; *Ulp. fr.* 3, § 1, *de duob. reis.*

(*a*) Un texte de Papinien (*fr.* 11, §§ 1 et 2, *de duob. reis*) semble jeter ici quelques doutes. On en a conclu que la chose est due en totalité à chacun des stipulants ou par chacun des promettants, lorsqu'on l'a expressément stipulée ou promise pour la totalité; que dans tout autre cas chacun ne sera créancier ou débiteur que pour sa part. Papinien ne dit rien de semblable. On lui présente un écrit (*tabulas*) rédigé pour constater l'existence d'une obligation. Cet écrit porte qu'une somme a été stipulée par tel et tel, mais comment et dans quel ordre? Les stipulants ont-ils interrogé comme on doit le faire pour se trouver costipulants, *ita ut duo rei stipulandi fierint?* L'écrit ne le dit pas et, dans le doute, Papinien décide que chacun d'eux sera créancier pour sa part. Réciproquement, il déclare insuffisante l'énonciation d'un écrit portant que l'objet stipulé a été promis par tel et tel, sans dire comment il l'a été, en sorte qu'on ignore si chacun a répondu comme il faut répondre pour devenir copromettants, *ita ut duo rei promittendi fierent.* Ainsi, d'après Papinien, l'écrit prouve ce qu'il énonce, et rien de plus.

En effet, la créance appartient pour ainsi dire au premier occupant parmi les stipulants. Celui qui devance les autres en exerçant le premier les droits que la stipulation confère à tous est considéré comme ayant toujours été seul, *ac si solus stipulatus fuisset* (1) : aussi ne rend-il aucun compte de ce qu'on lui paie, à moins qu'il ne soit tenu par un contrat particulier entre ses costipulants et lui (2). Réciproquement, celui des codébiteurs qui paie est considéré comme ayant toujours été seul débiteur (3).

973. Le débiteur qui veut se libérer est libre de payer à celui des costipulants qu'il veut choisir ; mais si l'un a déjà intenté l'action, c'est à lui qu'il faut payer (4), car les autres ne peuvent plus agir (5). Réciproquement, le créancier qui agit contre un des codébiteurs libère tous les autres (*a*).

Justinien (6) a voulu que le créancier pût agir successivement contre tous les codébiteurs, jusqu'à l'entier acquittement de la dette.

§ II.

974. Ceux que nous appelons *duo rei promittendi* s'obligent tous à la même dette ; leur obligation est une (7) et a pour tous le même objet [972], la même étendue, *parem causam suscipiunt* (8), lors même qu'ils promettent pour différentes époques, ou lorsque l'un promet purement ce que l'autre promet à terme ou sous condition (9). Dans l'intervalle, le créancier n'a qu'un débiteur à poursuivre ; mais à l'événement du terme ou de la condition, il en a deux. Ainsi donc il n'est pas nécessaire que la créance naisse et devienne exigible au même moment contre tous les débiteurs, mais il faut au moins qu'elle puisse naître contre chacun, et qu'il ne soit pas impossible de jamais demander à l'un tout ce qui serait dû par l'autre (10).

(1) *Venul. fr.* 31, § 1, *de novat.* — (2) *Ulp. fr.* 62, *ad. leg. falcid.* — (3) *Ulp. d. fr.* 62. — (4) *Gaius, fr.* 16, *de duob. reis.* — (5) *Javol. d. fr.* 2, *eod.* — (6) *C.* 28, *de fidejus.* — (7) *Ulp. fr.* 3, § 1, *h. t.* — (8) *Pap. fr.* 9, § 2, *h. t.* — (9) *Text. hic; Pap. d. fr.* 9, § 1 ; *Florent. fr.* 7, *h. t.* — (10) *Gaius, fr.* 15, *h. t.*

(*a*) V. *Ulp. fr.* 51, § 4, *de evict.*; *Paul. fr.* 116, *de verb. obl.* On oppose un texte (*Pomp. fr.* 8, § 1, *de legat.*, 1°), que Tribonien peut avoir accommodé à la constitution de Justinien (*C.* 28, *de fidej.*). Ulpien (*fr.* 1, § 43, *depos.*) paraîtrait plus formel, s'il était bien certain qu'il ait voulu assimiler le dépôt et la stipulation au lieu d'opposer l'un à l'autre : cependant voyez Pothier (45 *Pand.* 2, *n°* 7) et Vinnius (*hic*, *n°* 3) [v. 1023 et 1083].

975. Il est question dans ce titre des personnes qui s'obligent ou envers qui l'on s'oblige par stipulation, car nous traitons toujours des obligations dites *verborum ;* et néanmoins dans un dépôt, dans un commodat, dans une vente et dans les autres contrats qui se forment sans stipulation, l'intention des contractants peut aussi imposer à plusieurs une dette commune, et obliger chacun d'eux pour la totalité, comme la stipulation oblige les *rei promittendi* dont s'occupe notre titre (1).

(1) *Pap. fr.* 9, *h. t.*

TITULUS XVII.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit. Idem juris est et in liberis qui in potestate patris sunt, ex quibus causis adquirere possunt.

2. Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat : ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

3. Servus communis stipu-

TITRE XVII.

DE LA STIPULATION DES ESCLAVES.

Un esclave a, du chef de son maître, le droit de stipuler, et l'hérédité représente, à plusieurs égards, la personne du défunt. Ainsi l'esclave héréditaire qui stipule, acquiert à l'hérédité, et par l'hérédité au futur héritier.

1. Soit qu'un esclave stipule pour son maître, ou pour lui-même, ou pour un autre esclave appartenant au même maître, ou sans désigner personne, c'est à son maître qu'il acquiert. Il en est de même des enfants soumis à la puissance de leur père, dans les cas où ils acquièrent pour lui.

2. Quand il s'agit d'un fait, la stipulation est toujours personnelle au stipulant : ainsi, lorsqu'un esclave stipule qu'on le laissera passer, c'est à lui-même, et non à son maître, qu'on doit laisser le passage.

3. Lorsqu'un esclave a plusieurs

maîtres, il stipule pour chacun d'eux en raison des parts qui leur appartiennent, excepté lorsqu'il stipule par ordre d'un seul, ou pour un d'eux nommément; car alors c'est à ce dernier seul qu'il acquiert. Si l'un des maîtres est dans l'impossibilité d'acquérir la chose stipulée par l'esclave commun, elle est acquise à l'autre pour la totalité, par exemple lorsque cette chose appartient à l'un des maîtres.

lando, unicuique dominorum pro portione dominii adquirit, nisi jussu unius eorum aut nominatim cui eorum stipulatus est; tunc enim ei soli adquiritur. Quod servus communis stipuletur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur; veluti si res quam dari stipulatus est, unius domini sit.

EXPLICATION.

PR.

976. Les esclaves n'ont aucune capacité civile (1), et s'ils contractaient de leur chef, soit en interrogeant [979], soit en répondant, la stipulation serait absolument nulle comme s'il n'avait existé aucun interrogateur (2). Cependant on leur permet de concourir à l'obligation verbale, non pour promettre, mais pour stipuler *ex persona domini*; car la capacité du maître pour stipuler se communique à ses esclaves, comme la faction de testament [584]. Sous ce rapport l'esclave diffère essentiellement du fils de famille : à la vérité ce dernier acquiert et stipule pour son père, comme l'esclave pour son maître; mais il stipule et s'oblige de son chef, en vertu de la capacité qui lui est propre, tandis que le droit de stipuler n'est chez les esclaves que le droit du maître étendu jusqu'à eux, par l'effet de la puissance dominicale et dans l'intérêt du maître même. Aussi l'esclave est-il incapable de s'obliger civilement (*a*).

(1) *Ulp. fr.* 32, *de reg. jur.* — (2) § 3, *quib. mod. obl. toll.*

(*a*) § 6, *de inutil. stip.* Voyez surtout la différence qui existe même lorsqu'il s'agit de stipuler, entre le fils de famille et l'esclave adstipulateur (979; § 2, *h. t.*).
Les esclaves s'obligent par stipulation, notamment lorsqu'ils se portent fidéjusseurs pour les affaires de leur pécule, ou dans l'intérêt de leur maître, et alors le

977. Lorsque le maître est décédé, les esclaves stipulent pour l'hérédité vacante, et par suite pour l'héritier futur, qui profite de la stipulation, mais indirectement; car les esclaves héréditaires stipulent du chef de leur maître défunt, comme si ce dernier n'avait pas cessé de vivre, d'après ce principe que l'hérédité représente la personne du défunt (*a*), du moins en règle générale (*in plerisque*). En effet, les esclaves héréditaires, quoique valablement institués par un étranger, ne font point adition tant que leur maître défunt n'a pas lui-même un héritier, par ordre duquel ils pourront accepter. A cet égard, la personne fictive que représente l'hérédité vacante ne suffit ni pour l'adition, ni pour l'usufruit. Ce droit ne se constitue qu'au profit d'une personne réellement existante : aussi ne peut-il être ni stipulé ni acquis par l'esclave héréditaire ([1]).

§ I.

978. Il importe peu que l'esclave stipule expressément pour son maître, pour lui-même, pour un autre esclave soumis à la même puissance (*conservo suo*), ou sans désigner personne (*impersonaliter*). Dans tous les cas, l'obligation est toujours acquise au maître ([2]).

§§ II et III.

979. Cependant la distinction n'est pas inutile, lorsqu'il s'agit d'un fait, *cum factum in stipulatione continebitur*, par exemple si l'esclave stipule non pas le droit, mais la faculté de passer, *ut sibi ire agere liceat* (*b*). Cette faculté que le promet-

([1]) *Hermog. fr.* 61, *pr. et* § 1, *de adq. rer. dom.; Paul. fr.* 26, *h. t.* — ([2]) *Text. hic.* V. § 4, *de inut. stip.*

---

stipulant agit contre ce dernier par une action prétorienne *de peculio* (*Paul. fr.* 47, § 1, *de pecul.; Gaius, fr.* 30, § 1, *de pact.*), parce qu'on applique alors les principes du droit honoraire, qui souvent attribue aux esclaves une personnalité que leur dénie le droit civil [1156].

(*a*) *Sustinet personam, non heredis futuri, sed defuncti* (§ 2, *de hered. inst.*). Ainsi l'esclave héréditaire stipule inutilement pour l'héritier futur (*Paul. fr.* 16, *de stip. serv.;* V. *fr.* 27, § 10, *de pact.*), du moins d'après les Proculéiens dont l'opinion semble avoir prévalu. Les Sabiniens, au contraire, admettaient que l'héritier, quelle que soit l'époque de son adition, est réputé avoir succédé à l'instant même de la mort, et ils en concluaient que l'esclave héréditaire stipule utilement pour l'héritier futur (*Gaius, fr.* 28, § 4, *de stip. serv.;* V. *Modest. fr.* 35, *eod.*).

(*b*) La permission de passer dont il s'agit ici est un fait qu'il ne faut pas confondre avec le droit de passage ou toute autre servitude prédiale, stipulée par l'esclave pour les fonds de son maître (V. *Pomp. fr.* 17, *de stip. serv.*).

tant s'oblige de laisser à une personne déterminée, se trouve limitée ici au stipulant (*ut* SIBI *liceat*) ; le promettant reste donc libre d'interdire le passage à tout autre, et au maître même du stipulant ([1]). Ainsi ce dernier ne profite pas de la stipulation, si ce n'est en ce sens qu'il pourra faire passer son esclave, et agir *ex stipulatu* pour contraindre le promettant à tenir sa promesse.

Dans l'exemple de notre texte, le fait est personnel au stipulant, parce qu'il a stipulé (*sibi*) pour soi-même ; il pourrait stipuler la même faculté pour son maître, et alors elle serait attachée à la personne de ce dernier ([2]). Du reste, si l'action que doit produire la stipulation se trouvait tellement inhérente à la personne du stipulant qu'un homme libre ne pût pas la transmettre à ses héritiers, l'esclave ne l'acquerrait pas à son maître, et stipulerait inutilement. Un fils de famille ne l'acquerrait pas non plus à son père ; mais la stipulation vaudrait, parce qu'il n'est pas comme l'esclave, qui stipule seulement *ex persona domini* ([3]).

Le § 3 sera expliqué avec le § 3 du titre XXVIII [1108].

([1]) *Text. hic.* V. *Paul. fr.* 44, *de cond. et dem.* — ([2]) *Paul. fr.* 130, *de verb. obl.* — ([3]) *Gaius*, 3 *inst.* 114 ; § 6, *de inutil. stip.*

TITRE XVIII.

DE LA DIVISION DES STIPULATIONS.

Les stipulations sont ou judiciaires, ou prétoriennes, ou conventionnelles, ou communes, c'est-à-dire judiciaires et prétoriennes.

1. Sont purement judiciaires, les stipulations qui rentrent exclusivement dans l'office du juge, par exemple, lorsqu'on garantit soit le dol, soit la poursuite d'un esclave fugitif ou la restitution du prix.

2. Sont prétoriennes, les stipulations qui rentrent exclusivement

TITULUS XVIII.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ quam judiciales.

1. Judiciales sunt dumtaxat, quæ a mero judicis officio proficiscuntur : veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.

2. Prætoriæ sunt, quæ a mero prætoris officio proficis-

cuntur, veluti damni infecti vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ; nam et hæ a jurisdictione veniunt.

dans l'office du préteur, comme les garanties relatives au dommage imminent ou aux legs. Sous la désignation de stipulations prétoriennes, il faut comprendre les stipulations édilitiennes; car ces dernières dérivent aussi de la juridiction.

3. Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium: quarum totidem genera sunt quot, pene dixerim, rerum contrahendarum.

3. Sont conventionnelles, les stipulations dont la teneur est déterminée par la convention des parties contractantes, sans aucun ordre ni du juge, ni du préteur; il y en a pour ainsi dire autant d'espèces que d'obligations à contracter.

4. Communes stipulationes sunt, veluti rem salvam fore pupilli; nam et prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest; vel de rato stipulatio.

4. Sont communes, par exemple, les stipulations qui garantissent l'indemnité du pupille; en effet, c'est le préteur qui fait donner cette garantie, et quelquefois c'est le juge, quand il est impossible de faire autrement. Telle est encore la promesse de ratifier.

EXPLICATION.

PR. et § III.

980. Ordinairement chacun stipule ou promet spontanément, et alors c'est la volonté des contractants qui détermine l'objet du contrat et l'étendue des obligations qui en résultent. La stipulation et sa formule expriment ce dont on est convenu, rien de plus, rien de moins, *ex conventione utriusque partis concipiuntur...ex conventione contrahentium*, sans l'ordre d'aucun juge ou d'aucun magistrat (*neque jussu judicis, neque jussu prætoris*). Quelquefois, au contraire, le juge ou le magistrat interposent leur autorité pour déterminer l'une des parties à

contracter un engagement dont l'objet, l'étendue et la formule sont fixés à l'avance.

Sous ce rapport, on oppose ici les stipulations spontanées, dites conventionnelles, aux stipulations provoquées par l'autorité du juge ou du magistrat. Les premières varient à l'infini, et se multiplient au gré des parties suivant le besoin des affaires ; les autres ne se contractent que pour des causes et dans des circonstances spéciales. On les divise en trois classes.

§ I.

981. Dans la première sont rangés, sous le titre de stipulations judiciaires, celles que le juge ordonne et peut seul ordonner (*a mero judicis officio proficiscuntur*), ce qui suppose un litige préexistant, et par conséquent une action intentée par une partie contre l'autre. Notre texte indique deux stipulations de ce genre ; j'en expliquerai l'utilité par des exemples.

Je revendique ce qui m'appartient, ou je redemande par l'action *quod metus causa* un objet que la violence m'a forcé d'aliéner. Le juge ordonne que la chose me soit rendue, et l'on suppose que le défendeur exécutera cet ordre ; mais il n'est pas impossible qu'auparavant il prenne quelque précaution frauduleuse pour me priver de la chose : s'il s'agit d'un esclave, il l'empoisonnera peut-être. Pour ma sûreté, le juge ordonne qu'en me remettant la chose, le défendeur garantira n'avoir commis aucun dol (1). A cette occasion, interviendra *de dolo* une stipulation que notre texte appelle *cautio*, parce qu'elle se forme pour la garantie du stipulant (2).

982. La revendication n'interrompt pas l'usucapion. Le possesseur peut donc devenir propriétaire dans le cours de l'instance, sauf à rétablir ensuite l'ancien maître dans les droits qu'il a perdus [1380]. Dans ce cas, le défendeur qui restitue donne, comme on vient de le voir, la garantie *de dolo* (3) ; mais s'il s'agit d'un esclave et que celui-ci s'échappe avant d'être restitué, le défendeur qui, malgré sa négligence, n'est pas complice de la fuite, ne sera pas condamné (4). Cependant, comme il est devenu propriétaire, lui seul pourra revendiquer l'esclave : aussi s'engage-t-il, par ordre du juge, à rechercher le

(1) *Gaius, fr.* 20, *de rei vind.* ; *Ulp. fr.* 45, *eod.* ; *fr.* 9, §§ 5 *et* 7, *quod met. caus.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 4, *de stip. prætor.* — (3) *Gaius, fr.* 18, *de rei vind.* — (4) *Ulp. fr.* 22, *eod.*

fugitif (*de persequendo servo qui in fuga est*), et à restituer ensuite ou l'esclave ou sa valeur (*restituendove pretio*). Le défendeur, à qui l'on n'impute aucune négligence, ne prend même pas cet engagement ; il promet seulement de restituer l'esclave si celui-ci revient en son pouvoir : c'est le demandeur alors qui exerce à ses risques et périls les actions que doit lui céder le défendeur devenu propriétaire. Lorsque l'esclave s'est enfui avant l'accomplissement de l'usucapion, le défendeur n'a aucune action à céder, ni aucune garantie à fournir ; le demandeur est toujours propriétaire, et dès lors c'est en son propre nom qu'il doit revendiquer (1).

§ II.

983. Le juge dont nous venons de parler n'est point un magistrat : c'est un particulier que le préteur charge de prononcer sur un litige dont il lui attribue la connaissance. Cette attribution se fait par une action que le demandeur obtient contre le défendeur, et qui l'autorise à traduire ce dernier *in judicio*, c'est-à-dire devant un juge ; car devant le préteur les parties ne sont pas *in judicio*, mais *in jure*. Or il arrive souvent que le préteur, sans donner aucune action ou pour mieux assurer l'exercice de l'action qu'il accorde (2), ordonne à l'une des parties de fournir à l'autre certaines garanties. La stipulation qui intervient alors se nomme prétorienne : cependant cette dénomination ne s'applique pas ici à toutes les stipulations ordonnées par le préteur, mais spécialement à celles qui ne peuvent l'être que par lui (*a*), comme la stipulation *damni infecti*.

984. Le tort causé à autrui par les choses qui nous appartiennent ne nous oblige à rien lorsque nous abandonnons l'objet qui a occasionné le dommage [1291]. Ainsi, lorsque mon bâtiment tombe sur l'héritage du voisin, il me suffit d'abandonner les décombres, et alors le voisin n'a pas d'action contre moi (3).

(1) *Paul. fr.* 31, *eod.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 1. *de stip. prætor.* — (3) *Gaius, fr.* 6 ; *Ulp. fr.* 7, § 1, *de damn. infect.*

(*a*) *A mero prætoris officio*, par opposition aux stipulations communes dont s'occupe notre § 4, mais sans exclure les stipulations édilitiennes [V. 985]. Justinien suit ici la division de Pomponius (*fr.* 5, *de verb. obl.*). Ulpien (*fr.* 1, *pr.*, §§ 1, 2 *et* 3, *de stip. prætor.*) emploie les mêmes expressions dans un autre sens.

Pour en tenir lieu, le préteur me contraint à promettre une indemnité pour la réparation du dommage à venir, *damnum infectum... damnum nondum factum* (1). De là vient la stipulation qu'on appelle *damni infecti;* car après l'événement le préteur n'intervient plus (2), si ce n'est dans quelques cas particuliers où ceux qui ont éprouvé le dommage n'ont aucune négligence à se reprocher (3).

Si, malgré l'ordre du préteur, le propriétaire du bâtiment ne consent pas la stipulation *damni infecti*, on obtient contre lui d'abord un envoi en possession, *mittatur in possessione* (4), et plus tard un ordre de posséder, *possidere jubet* (5). L'envoi en possession autorise ceux qui l'obtiennent à s'établir dans le bâtiment sans expulser le propriétaire (6) ; l'ordre de posséder, au contraire, permet non seulement d'expulser, mais aussi de posséder comme propriétaire (7) pour acquérir effectivement la propriété par usucapion (8).

D'après les principes du droit honoraire, l'héritier qui dispose librement des biens héréditaires doit garantir aux légataires et fidéicommissaires que les dispositions faites en leur faveur seront exécutées de bonne foi aux époques fixées par le défunt (9); si l'héritier ne donne pas cette garantie que notre texte appelle *cautio legatorum*, le préteur accorde aux légataires et fidéicommissaires un envoi en possession, qui, sans expulser l'héritier, les constitue gardiens plutôt que possesseurs des choses héréditaires (10).

985. Les édiles sont des magistrats qui, comme le préteur, concourent par leurs édits à l'établissement du droit honoraire [20], et, comme le préteur, ils interposent leur autorité pour faire contracter certaines stipulations, par exemple, pour garantir en cas de vente que l'esclave ou l'animal vendu n'a point tel ou tel vice, telle ou telle maladie (11). La stipulation édilitienne forme entre le vendeur et l'acheteur un second contrat qui augmente la sécurité de l'acheteur, en lui attribuant une action particulière pour le cas où la chose vendue ne serait pas exempte des vices dont le vendeur a garanti l'absence (12). Les

(1) *Gaius, fr. 2, eod.*— (2) *Afric. fr. 44, eod.* — (3) *Gaius, fr. 8 ; Ulp. fr. 9, eod.* — (4) *Ulp. fr. 23 ; fr. 4, § 1, de damn. infect.* — (5) *Ulp. fr. 15, § 21, eod.* — (6) *Ulp. fr. 15, §§ 20 et 30, de damn. infect.* — (7) *Ulp. d. fr. 15, § 33.* — (8) *Paul. fr. 5 ; fr. 18, § 15, eod.*— (9) *Ulp. fr. 1, quod. legat.* — (10) *Ulp. fr. 5, ut in possess.*— (11) *Ulp. fr. 1, § 1, de ædilit. edict.* — (12) *Ulp. fr. 31, de evict.* V. *fr. 1, § 2, de stipul. prætor.; Cujac. ad fr. 5, de verb. obl.*

stipulations édilitiennes, considérées comme elles le sont ici par opposition aux stipulations judiciaires, émanent *a jurisdictione*, c'est-à-dire du magistrat *jus dicentis* [1], comme les stipulations prétoriennes proprement dites. Aussi cette dernière dénomination comprend-elle ici les stipulations même édilitiennes.

§ IV.

986. Le tuteur ou curateur, et les fidéjusseurs qui s'obligent pour lui, garantissent par stipulation *rem pupilli vel adolescentis salvam fore* [2]. Cette garantie, ainsi que nous l'avons dit, doit précéder tout acte d'administration, et c'est au préteur qu'il appartient d'y pourvoir [3], cependant il arrive quelquefois que le tuteur, agissant au nom du pupille avant d'avoir donné cette garantie, obtienne une action contre un débiteur et le traduise *in judicio*. Si le défendeur allègue le défaut de caution, il devient impossible de suivre l'instance, et dans ce cas, pour sortir d'affaire (*si aliter hæc res expediri non potest*), l'ordre du juge remplace celui du préteur. Alors la stipulation *rem pupilli salvam fore*, prétorienne de sa nature, devient accidentellement judiciaire; c'est dans ce sens qu'on l'appelle ici commune, ainsi que la stipulation *de rato*, que nous retrouverons dans un autre titre [1306].

[1] *Ulp. fr. 1, de jurisd.* — [2] § 20, *de inutil. stip.; Paul. et Pomp. fr.* 1 *et* 9, *rem pupill. salv. fore.* — [3] *Pr., de satisd. tut.*

TITULUS XIX.	TITRE XIX.
DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.	DES STIPULATIONS INUTILES.
Omnis res quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis, sive soli sit.	Toute chose susceptible de propriété, soit meuble, soit immeuble, peut faire l'objet d'une stipulation.
1. At si quis rem quæ in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere crede-	1. Lorsqu'on stipule un objet qui n'a ou ne peut avoir aucune existence, par exemple, l'esclave Stichus qui est mort et qu'on suppose vivant, ou un centaure qui

ne peut exister, la stipulation est inutile.

2. Il en est de même, lorsqu'on stipule, soit une chose sacrée ou religieuse que l'on croyait de droit humain, soit une chose publique affectée pour toujours à l'usage du peuple, comme une place ou un théâtre, soit une personne libre que l'on croyait esclave, soit un objet dont on n'avait point le commerce, soit sa propre chose. Et, bien qu'une chose publique puisse devenir chose privée, qu'un homme libre puisse devenir esclave, que le stipulant puisse obtenir le commerce de l'objet stipulé, et que sa chose puisse cesser de lui appartenir, la stipulation n'est pas en suspens : elle est absolument nulle. Pareillement en sens inverse, quoiqu'une chose ait été valablement stipulée dans l'origine, si plus tard et sans aucun fait du promettant, elle rentre dans un des cas précédemment énumérés, la stipulation s'éteint. Est également nulle, dès l'origine, la stipulation suivante ou toute autre semblable : « Promettez-vous de me donner Lucius Titius, lorsqu'il sera esclave? » parce que les choses qui sont par leur nature même en dehors de toute propriété ne peuvent devenir l'objet d'aucune obligation.

3. On ne s'oblige point lorsqu'on promet qu'un autre donnera ou fera, par exemple, si l'on promet que Titius donnera cinq;

bat, aut hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam quam humani juris esse credebat, vel publicam quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum; vel liberum hominem quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest; sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit, LUCIUM TITIUM, CUM SERVUS ERIT, DARE SPONDES? et similia; quia quæ natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

3. Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque

aureos daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret, spoponderit, obligatur.

4. Si quis alii quam cujus juri subjectus sit stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest : veluti si quis ita stipuletur, MIHI AUT SEIO DARE SPONDES? ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit; ut liberatio ipso jure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quod si quis sibi et alii cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio : sed utrum totum debeatur quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est; sed placet non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris; quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intelligitur, in iis rebus quæ tibi adquiri possunt.

5. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit non respondeat : veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra : si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub

mais lorsqu'on promet de faire donner par Titius, on s'oblige.

4. On stipule inutilement pour un tiers, lorsqu'on n'est pas soumis à sa puissance. Toutefois on peut indiquer un étranger pour recevoir le paiement, par exemple, lorsqu'on stipule ainsi : « Promettez-vous de donner à moi ou à Séius? » Dans ce cas, l'obligation est acquise au stipulant; mais le paiement fait à Séius, même malgré le stipulant, est valable, et libère complétement le débiteur, sauf l'action de mandat que le stipulant aura contre Séius. Celui qui stipule dix, tant pour lui que pour une autre personne dont il ne dépend pas, stipule valablement; mais lui doit-on toute la somme stipulée, ou seulement la moitié? Il y a eu doute; toutefois nous décidons qu'on ne lui doit que moitié. En stipulant pour une personne soumise à votre puissance, c'est à vous-même que vous acquérez : car votre fils est censé parler par votre bouche, et vous par la sienne, quand il s'agit de choses susceptibles de vous être acquises.

5. La stipulation est encore inutile, lorsque le répondant promet ce qu'on ne lui demande pas, par exemple quand on stipule dix et qu'il promet cinq, et réciproquement; ou quand on stipule simplement, et qu'il promet sous condition, et réciproquement, pourvu toutefois qu'il s'en explique, c'est-à-dire que si la stipula-

tion contient une condition ou un terme, il réponde, « Je promets pour aujourd'hui » ; car s'il répond uniquement, « Je le promets », il est censé promettre en un seul mot, pour le même terme et sous la même condition. Il n'est pas nécessaire, en effet, de répéter, en répondant, toutes les expressions du stipulant.

6. La stipulation est également inutile, lorsque vous stipulez d'une personne qui est sous votre puissance, ou lorsqu'elle stipule de vous. Les esclaves sont incapables de s'obliger, non seulement envers leur maître, mais même envers toute autre personne; un fils de famille, au contraire, peut s'obliger envers les étrangers.

7. Un muet ne peut évidemment ni stipuler ni promettre. Il en est de même du sourd, parce que le stipulant doit entendre les paroles du promettant, et le promettant celles du stipulant. On voit que nous parlons ici, non des personnes qui entendent difficilement, mais de celles qui n'entendent pas du tout.

8. Un fou n'est capable d'aucune affaire, parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait.

9. Le pupille agit valablement dans toute espèce d'affaires, pourvu toutefois que le tuteur intervienne lorsque son autorisation est nécessaire, c'est-à-dire lorsque le pupille s'oblige; car il peut, sans autorisation de tuteur, obliger les autres envers lui.

10. Ce que nous avons dit des

conditione vel in diem stipulanti tu respondeas, PRÆSENTI DIE SPONDEO. Nam si hoc solum respondeas, PROMITTO, breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quæ stipulator expresserit.

6. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

7. Mutuum neque stipulari neque promittere posse palam est. Quod et in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet : unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

8. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quæ agit.

9. Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

10. Sed quod diximus de

pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent : nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur.

pupilles s'applique à ceux qui ont déjà quelque intelligence; car dans l'enfance ou près de l'enfance, le pupille diffère très peu du fou, puisqu'il n'a aucune intelligence. Cependant une interprétation moins rigoureuse des règles du droit, admise dans l'intérêt des pupilles, assimile ceux qui sont encore près de l'enfance à ceux qui approchent de la puberté. Quant aux impubères fils de famille, ils ne peuvent s'obliger même avec l'autorisation de leur père.

11. Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit : SI DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? At si ita stipuletur, SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO DARE SPONDES? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest.

11. Lorsqu'on fait dépendre l'obligation d'une condition impossible, la stipulation est nulle. La condition est impossible quand la nature s'oppose à son accomplissement ; par exemple, lorsqu'on dit : « Promettez-vous de » donner si je touche le ciel ? » Mais lorsqu'on stipule en ces termes : « Promettez-vous de » donner si je ne touche pas le » ciel? » l'obligation est considérée comme pure et simple, et le créancier peut agir immédiatement.

12. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est.

12. L'obligation verbale contractée entre absents est inutile.

Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus : per quam disposuimus tales scripturas quæ

Toutefois l'application de ce principe devenait une source de procès pour les chicaneurs, qui, après un certain temps, pouvaient alléguer que leurs adversaires ou eux-mêmes ne s'étaient pas trouvés présents; aussi, pour accélérer la décision des procès, notre constitution, adressée aux avocats de Césarée, a-t-elle décidé que les écrits indiquant la présence des parties feront pleine foi, si celui qui

allègue le contraire ne prouve pas de la manière la plus évidente, soit par écrit, soit par témoins irréprochables, que lui ou son adversaire a passé en d'autres lieux la totalité du jour où l'acte a été dressé.

præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos adprobaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

13. Nul ne pouvait stipuler qu'on lui donnerait soit après sa mort, soit après la mort du promettant. Une personne soumise à la puissance d'autrui ne pouvait pas non plus stipuler que l'on donnerait après la mort de son père ou de son maître, car ces derniers sont censés parler par sa bouche. Etait encore inutile la stipulation conçue en ces termes : « Promettez-vous de donner » la veille de ma mort ou la veille » de votre mort? »

13. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur; ac nec is qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur, PRIDIE QUAM MORIAR vel PRIDIE QUAM MORIERIS dari, inutilis erat stipulatio.

Mais, comme on l'a déjà dit, c'est le consentement des contractants qui valide les stipulations, et à cet égard encore nous avons fait une réforme nécessaire. Ainsi, quand on placera l'échéance après le décès ou à la veille du décès, soit du stipulant, soit du promettant, la stipulation sera valable.

Sed cum (ut ita dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

14. Lorsqu'on avait stipulé de cette manière : « Si tel navire » revient d'Asie[1], vous promettez » de me donner aujourd'hui », la stipulation était inutile, parce qu'elle était conçue à contre-sens.

14. Item si quis ita stipulatus erat : SI NAVIS EX ASIA VENERIT HODIE DARE SPONDES, inutilis erat stipulatio[1], quia præpostere concepta est.

Mais cette même stipulation qu'on appelle prépostère ayant été admise, en matière de dot, par l'empereur Léon de

* Sed cum Leo inclytæ recorda-
* tionis in dotibus eamdem stipula-
* tionem quæ præpostera nuncupa-

[1] Si tel navire arrive demain, vous, etc.

[1] *Vulgo* : si navis CRAS ex Asia..., inutilis erat stipulatio.

* tur, non esse rejiciendam existi-
* mavit *, nobis placuit et huic perfectum robur adcommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

glorieuse mémoire, nous lui avons donné une validité absolue ; ainsi, les stipulations conçues comme on vient de le dire vaudront non seulement pour les dots, mais aussi dans tout autre cas.

15. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat CUM MORIAR DARE SPONDES? vel CUM MORIERIS, ut apud veteres utilis erat, et nunc valet.

15. Une stipulation conçue en ces termes : « Promettez-vous de » donner quand je mourrai, » ou « quand vous mourrez? » était valable chez les anciens comme elle l'est aujourd'hui.

16. Item post mortem alterius recte stipulamur.

16. On stipule valablement pour un temps postérieur au décès d'un tiers.

17. Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit.

17. Lorsqu'il est écrit dans un acte qu'une personne a promis, elle est réputée avoir répondu à une interrogation préalable.

18. Quotiens plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat DARE SPONDEO, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit, contrahitur; ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ : singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

18. Lorsque la même stipulation comprend plusieurs objets, le promettant qui répond simplement « Je promets, » les doit tous; mais lorsqu'il promet seulement un ou quelques uns des objets stipulés, il ne doit que ceux auxquels s'applique la réponse. Ce sont, en effet, plusieurs stipulations dont une ou quelques unes seulement se trouvent complétées, puisqu'il faut pour chaque objet une stipulation et une réponse.

19. Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest; inventæ enim sunt hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc

19. Nul ne peut, comme on l'a dit plus haut, stipuler pour autrui. En effet, les stipulations ont été introduites pour donner à chacun la possibilité de faire les acquisitions qui lui importent. Or il importe peu au stipulant que l'on donne à autrui. Toutefois, lors-

qu'on veut stipuler pour autrui, il faut stipuler une peine pour le cas où la convention ne serait pas exécutée, et alors la peine sera encourue au profit du stipulant, quoiqu'il n'ait aucun intérêt; car, lorsqu'une personne stipule une peine, on considère non pas son intérêt, mais le montant de la stipulation conditionnelle. Ainsi, lorsqu'on a dit : « Promettez-moi » de donner à Titius, » la stipulation est nulle; mais lorsqu'on y joint une peine : « Si vous ne lui » donnez pas, promettez-vous de » me donner tant? » alors la stipulation produit son effet.

facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest; pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit; sed si addiderit pœnam, NISI DEDERIS TOT AUREOS DARE SPONDES? tunc committitur stipulatio.

20. On stipule valablement pour autrui, lorsqu'on y a intérêt. En effet, lorsqu'un tuteur, après avoir commencé à gérer la tutelle, cède l'administration à son cotuteur, et stipule de lui que le pupille sera indemne, comme il a intérêt à ce qu'il en soit ainsi, puisqu'il répondrait envers le pupille de la mauvaise gestion de son cotuteur, l'obligation est valable. Par la même raison, si quelqu'un stipule qu'on donnera à son procureur, la stipulation a son effet. Celui qui stipule pour son créancier, stipule valablement, car il a intérêt, par exemple, pour éviter une peine ou la vente des immeubles donnés en gage.

20. Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere : nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futures esset pupillo si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit; et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur quæ pignori data erant, valet stipulatio.

21. Réciproquement, celui qui promet le fait d'autrui sans promettre une peine, ne s'engage point.

21. Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam esse promiserit.

22. Nul ne stipule valablement

22. Item nemo rem suam

futuram, in eum casum quo sua sit, utiliter stipulatur.

23. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset : veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

24. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

25. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte.

26. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet.

27. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit quo traditio fieri possit.

une chose, pour le cas où il en serait devenu propriétaire.

23. Si l'intention du stipulant s'applique à une chose, et celle du promettant à une autre chose, le contrat est nul, comme si l'interrogation était restée sans réponse; par exemple, lorsqu'on stipule de vous l'esclave Stichus, tandis que vous songez à Pamphile, croyant qu'il se nomme Stichus.

24. Les promesses, dont la cause est illicite, comme la promesse de commettre un homicide ou un sacrilége, ne sont point valables.

25. En cas de stipulation conditionnelle, la mort du stipulant qui décède avant l'accomplissement de la condition n'empêche pas l'héritier d'agir, lorsque la condition s'accomplit. Il en est de même à l'égard du promettant.

26. Celui qui a stipulé une chose pour telle année, pour tel mois, ne peut régulièrement agir qu'après l'entière expiration de l'année ou du mois.

27. Si vous avez stipulé un fonds ou un esclave, vous ne pouvez agir qu'après le temps dont on a besoin pour faire la tradition.

EXPLICATION.

987. Dans ce titre, qui n'est, à proprement parler, que le développement du titre XV *de verborum obligatione*, Justinien examine quelles choses peuvent être stipulées ou promises (*pr.*,

§§ 1, 2, 22, 24), quelles personnes peuvent stipuler ou promettre (§§ 8, 9, 10, 7, 12, 6), de quelle manière (§§ 5, 18, 23), pour qui (§§ 3, 21, 19, 20, 4), à quels termes et sous quelles conditions (§§ 11, 25, 14, 13, 16, 15, 26, 27), enfin comment se constate la stipulation (§§ 12, 17).

PREMIÈRE SECTION.

QUELLES CHOSES PEUVENT ÊTRE STIPULÉES ET PROMISES.

PR. et § I.

988. Il n'existe point d'obligation sans objet; avant tout il faut donc que la chose stipulée ait une existence réelle. On peut, il est vrai, promettre, comme on peut léguer [697] ce qui n'existe pas encore, par exemple, des fruits à naître (1); mais celui qui s'engagerait à donner un esclave antérieurement décédé, ou un objet purement chimérique, comme un centaure, ferait une promesse sans objet et par conséquent inutile (2).

Stipuler une chose, c'est, dans le sens ordinaire, s'en faire promettre la propriété. Pour la validité d'une semblable stipulation, il ne suffit pas que la chose existe, il faut encore que l'acquisition n'en soit pas impossible : car il y a des choses qui, par leur nature, repoussent toute idée de propriété, *quæ natura sui dominio nostro exempta sunt* (3); mais par opposition à ces dernières, on peut valablement promettre et stipuler les objets qui se trouvent soumis au droit de propriété, en ce sens qu'ils sont susceptibles d'être acquis aux particuliers, *omnis res quæ dominio nostro subjicitur.*

§§ II et XXII.

989. Une chose sacrée ou religieuse, une place ou un édifice que sa destination perpétuelle affecte à un usage public, un homme libre qui n'est pas même une chose, seraient inutilement stipulés et promis par toutes personnes, parce que nul ne peut en devenir propriétaire : ce sont choses hors du commerce [698]. Quant aux objets dont l'acquisition n'est pas absolument im-

(1) *Paul, fr.* 73; *Ulp. fr.* 75, § 4, *de verb. obl.* — (2) § 1, *h. t.*; *Gaius*, 3 *inst.* 97; *fr.* 1, § 9, *de obl. et act.* — (3) § 2, *h. t.*

possible, il existe quelquefois des empêchements relatifs qui rendent une personne incapable d'acquérir ce qu'une autre acquerrait légalement; et un pareil obstacle, losqu'il existe à l'égard du stipulant, suffit encore pour anéantir la promesse. C'est donc inutilement que Titius stipulerait une chose *cujus commercium non habuerit* (a), ou la chose qui, étant déjà sienne (*rem suam*), ne peut devenir pour lui l'objet d'une nouvelle acquisition [706].

Dans ces différents cas, la nullité de l'obligation vient d'une cause unique, de l'impossibilité de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété de l'objet promis. Il faut donc ne promettre à chacun que ce qu'il peut acquérir (1) : autrement la promesse est inutile, et reste toujours telle malgré la cessation de l'obstacle primitif, par exemple, lorsque le stipulant est devenu capable d'acquérir la chose promise, soit parce que cette chose a cessé de lui appartenir, soit parce qu'elle a changé de nature et est tombée dans le commerce, comme une personne libre qui devient esclave. En effet, il ne s'agit pas ici des choses futures [988], dont l'existence conditionnelle tient l'obligation en suspens : les objets dont s'occupe notre texte ont une existence, et à leur égard la stipulation pure et simple qui n'est pas obligatoire à l'instant même, ne le sera jamais, *nec in pendenti erit* (2).

990. Que décider, lorsqu'une condition expresse subordonne l'obligation à un événement futur? Faut-il apprécier la stipulation d'après les circonstances existantes au temps du contrat, ou d'après celles qui existeront à l'événement de la condition? Relativement aux choses que leur nature même place hors du commerce (*quæ natura sui*, etc.), comme un homme libre, un objet sacré ou religieux, etc., on ne doit ni supposer que le premier tombera en servitude ou que le second changera de

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 97 ; *Paul. fr.* 83, § 5, *de obl. et act.* — (2) § 2, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 83, § 5.

(a) § 2, *h. t.*; *Paul. fr.* 49, §§ 2 *et* 3, *de leg.*, 2°. En sens inverse, le promettant s'oblige valablement pour une chose *cujus non commercium habet* : il suffit que l'objet promis puisse appartenir au stipulant (*Ulp. fr.* 34, *de verb. obl.*). Nous n'avons, dans le droit romain proprement dit, aucun exemple de choses dont l'acquisition soit impossible pour certaines personnes. Dans le Bas-Empire, un esclave chrétien ne peut appartenir à un maître juif (*Honor. et Theod. C.* 1, *ne christ. mancip.*).

nature, ni contracter dans la prévoyance d'un événement semblable ([1]); ainsi ces sortes de choses ne peuvent jamais (*nullo modo*) faire l'objet d'aucune stipulation même conditionnelle.

Il en est autrement lorsque l'empêchement ne tient pas à la nature de la chose, mais à un obstacle temporaire, par exemple, lorsqu'on me promet sous condition la chose qui m'appartient. Pour apprécier cette stipulation, on se reporte à l'époque où doit commencer la dette, c'est-à-dire à l'événement de la condition [966]. C'est alors, en effet, qu'il importe de savoir si la chose promise appartient ou n'appartient pas au stipulant ([2]); et lorsqu'il est certain, au moment du contrat, que le stipulant sera propriétaire à l'événement de la condition, il est par cela même certain que la stipulation n'aura jamais aucun effet ([3]).

991. Si, comme on vient de le voir, la promesse de donner est nulle quand elle a pour objet une chose que le stipulant ne peut pas acquérir, réciproquement la stipulation valablement contractée (*licet initio utiliter in stipulatum deducta sit*) cesse de valoir dès que la possibilité de rendre le stipulant propriétaire cesse soit par l'anéantissement complet de la chose ([4]), soit par l'événement qui la place dans un des cas dont nous avons parlé ci-dessus (*in earum quam causam de quibus supra dictum est*), par exemple, si l'esclave est affranchi, si le terrain devient sacré, religieux, etc. (*a*). Toutefois, dans ces différents cas, le débiteur ne sera pas libéré s'il est en retard d'exécuter sa promesse ([5]), ou s'il a contribué à l'événement soit par une faute, soit même par un simple fait [739]; car son fait, loin d'éteindre l'obligation, suffirait pour la perpétuer ([6]).

Lorsque le stipulant acquiert la propriété de la chose promise, il devient pareillement impossible de la lui transférer, et cependant le débiteur n'est libéré que dans le cas particulier où deux causes lucratives concourent pour faire avoir le même objet à la même personne [702], c'est-à-dire lorsque le débi-

([1]) § 2 *in fin., h. t.; Paul. d. fr.* 83, § 5. — ([2]) *Pomp. fr.* 31, *de verb. obl.* — ([3]) § 22, *h. t.; Paul. fr.* 87, *de verb. obl.* — ([4]) *Pomp. fr.* 23 *et* 33, *eod.* V. 739. — ([5]) *Ulp. fr.* 82, § 1; *Paul. fr.* 91, § 1, *eod.* — ([6]) § 2, *h. t.* V. *Paul. fr.* 58, § 1, *de fidejuss.*

(*a*) Paul (*fr.* 83, § 5, *de verb. obl.*) déclare que l'obligation ainsi éteinte ne renaîtra jamais, soit que l'affranchi retombe en servitude, soit que la chose devenue sacrée, religieuse, etc., rentre dans son état primitif. Celsus (*fr.* 79, § 3, *de leg.*, 3°) décide le contraire; mais son opinion n'a point été admise (V. *Paul. fr.* 98, § 8, *de solut.* [40].

teur s'est obligé par pure libéralité, et que de son côté le stipulant fait une acquisition gratuite (1), par exemple, en devenant héritier du propriétaire (2).

§ XXIV.

992. Une promesse impossible à exécuter, *impossibilis repromissio* (3), n'est jamais obligatoire, soit qu'il s'agisse de donner, soit qu'il s'agisse de faire.

On exécute, et même avec trop de facilité, un homicide, un sacrilége et une multitude d'autres actes contraires aux lois ou aux mœurs. En promettant de commettre un semblable fait, s'oblige-t-on ? en d'autres termes, les magistrats emploieront-ils leur autorité pour faire accomplir un fait qu'ils doivent empêcher ou punir, un fait que la loi voudrait rendre impossible ? Non certainement ; aussi n'obtient-on jamais aucune action en vertu des conventions faites *ex turpi causa* (4), c'est-à-dire pour obliger une personne à contrevenir aux lois, aux mœurs ou au bon ordre [1010].

SECONDE SECTION.

QUELLES PERSONNES PEUVENT STIPULER OU PROMETTRE.

§ VIII.

993. L'interrogation et la réponse dont se compose la stipulation ne sont qu'une manière spéciale d'exprimer le consentement des parties, consentement sans lequel aucune stipulation, aucun autre contrat ne peut exister (5). On ne peut donc ni stipuler ni promettre utilement, sans intelligence. Les fous qui, sauf les intervalles lucides, n'ont aucune raison (6), sont par cela même incapables de contracter par stipulation ou de toute autre manière (7) ; ils n'acquièrent, ils ne s'obligent envers personne, et personne ne s'oblige envers eux, si ce n'est dans les cas où l'acquisition et l'obligation sont indépendantes de leur volonté [668, 1099, 1100].

(1) *Julian. fr.* 17 *et* 19, *de obl. et act.* — (2) *Paul. fr.* 83, § 6, *de verb. obl.* — (3) § 5, *de verb. obl.* V. *Cels. fr.* 185, *de reg. jur.* — (4) *Text. hic*; *Ulp. et Pap. fr.* 26 *et* 27, *de verb. obl.*; *Diocl. et Max. C.* 4, *de inutil. stip.* — (5) *Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.* — (6) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 106. — (7) *Gaius, fr.* 1, § 12, *de obl. et act.*; *Diocl. et Max. C.* 2, *de contrah. stip.*

§ IX.

994. Les impubères n'ont point encore la maturité, le jugement, *animi judicium* ([1]), nécessaire pour tester [558]; mais ils peuvent avoir *aliquem intellectum* ([2]), c'est-à-dire un commencement d'intelligence qui leur suffit pour contracter. On ne doit donc pas confondre l'impubère avec le fou qui *non intelligit*, et qui en conséquence n'est capable d'aucun contrat; le pupille, au contraire, est capable de tout; *omne negotium recte gerit*, sauf l'autorisation du tuteur, lorsqu'il s'oblige, et sous les distinctions suivantes.

§ X.

995. En effet, le pupille est ou *infans* ou *infantiæ proximus*, ou *pubertati proximus*. On appelle *infans* l'impubère qui ne parle pas encore (*a*), et *infantiæ proximus* celui qui parle, en ce sens qu'il prononce des paroles sans les comprendre, parce qu'il n'a aucune intelligence (*nullum intellectum*) avant l'âge de sept ans ([3]). C'est donc à sept ans et au-dessus que les impubères sont *pubertati proximi ;* plus jeunes, ils sont *infantes* ou *infantiæ proximi*, suivant qu'ils ont ou n'ont pas l'usage de la parole. C'est en ce sens que Théophile appelle *infantes* les enfants à la mamelle ou un peu plus âgés, et *infantiæ proximi*, jusque dans leur septième ou huitième année, ceux qui ne sont plus *infantes*.

996. Le pupille n'a l'intelligence nécessaire pour contracter que lorsqu'il est *pubertati proximus ;* car dans les deux premiers âges, *infans* ou *infanti proximus*, il ne diffère pas sensiblement d'un fou; aussi ne pouvait-il primitivement ni stipuler ni promettre. Cependant l'intérêt des pupilles a fait décider qu'ils peuvent stipuler et promettre valablement, même sans intelligence, dès qu'ils ont la possibilité de parler ([4]). Alors, en

([1]) § 1, *quib. non est permiss.* — ([2]) § 10, *h. t.* — ([3]) *Pomp. fr.* 14, *de sponsal.* — ([4]) *Text. hic; Gaius, fr.* 6, *rem pupill. salv.*

(*a*) Qui fari non poterat (*Ulp. fr.* 70, *de verb. obl.; V. fr.* 30, §§ 1, 2, 3, 4, 5 et 6, *de fideic. libert.*). Quod fari non potest (*Mæcian. fr.* 65, § 3, *ad sc. trebell.*) Loqui potest... ex quo fari cœperit (*Gaius*, *fr.* 1, § 13, *de obl. et ac.*; *fr.* 141, § 2, *de verb. obl.*); nous expliquerons ailleurs [1303] un texte d'Ulpien (*fr.* 1, § 2, *de admin. et peric.*).

effet, le pupille *infantiæ proximus* s'oblige en promettant avec l'autorisation de son tuteur, et oblige les autres en stipulant sans autorisation, comme s'il était *pubertati proximus* (1).

Le pupille *infans* reste incapable de stipuler et de promettre, moins parce qu'il manque de raison que parce qu'il n'a pas l'usage de la parole (2); car partout où les paroles ne sont pas indispensables, il agit valablement, sauf l'autorisation du tuteur, qui alors supplée à l'intelligence des impubères. C'est ainsi que l'*infans* acquiert la possession (3), et fait acte d'héritier (4), tandis que, pour la crétion [679], on attendait qu'il pût en prononcer la formule avec ou sans intelligence (5).

Dans le Bas-Empire, on ne distingue plus si l'impubère parle ou ne parle pas. *Sive tardius sive maturius fandi sumat auspicia*, l'enfance légale se prolonge jusqu'à sept ans. Cette décision de Théodose (6) réunit en une seule classe les INFANTES et les INFANTIÆ PROXIMI, et rétablit le système primitif qui les déclarait tous incapables de contracter.

997. Les pupilles sont toujours *sui juris*, et à ce titre ils ont des intérêts nombreux à raison desquels un père de famille a besoin de contracter fréquemment, soit pour obliger les autres, soit pour s'obliger lui-même ; il a donc fallu permettre que le père de famille impubère s'obligeât, du moins pour son propre avantage et avec l'autorisation de son tuteur. Les mêmes raisons n'existent pas pour le fils de famille dont les intérêts sont confondus avec ceux de l'ascendant dont il dépend. Cependant il peut stipuler dès qu'il est capable de parler (7) : il peut aussi s'obliger comme toute autre personne libre (*a*), mais seulement après l'âge de puberté; car les impubères, fils de famille, ne s'obligent jamais, même avec autorisation de l'ascendant dont ils dépendent (8).

§§ VII et XII.

998. Dans l'obligation *verborum* chacun des contractants

(1) *Text. hic*; *Gaius*, *fr*. 1, § 13, *de obl. et act.* — (2) *Ulp. fr.* 1 *et* 70, *de verb. obl.* — (3) *Paul. fr.* 32, § 3, *de adquir. vel amitt. poss.* — (4) *Marcian. fr.* 65, § 2, *ad. sc. trebell.* — (5) *Paul. fr.* 9, *de adq. vel. omitt. her.* — (6) *C.* 8, *C. Th.*, *de mater. bon.* V. *C.* 8, *de jur. delib.* — (7) *Gaius*, *fr.* 141, § 2, *de verb. obl.* — (8) *Text. hic*, *in fin.*; *Gaius*, *d. fr.* 141, § 2.

(*a*) § 6, *h. t.*; *Gaius*, *fr.* 39, *de obl. et act.*; *Pomp. fr.* 6, § 7, *de act. empt.* Voyez cependant le § 7, *quod cum eo contract.*

doit prononcer, soit pour interroger, soit pour répondre, des paroles que l'autre doit entendre. La stipulation devient donc impossible si l'une des parties est sourde ou muette, c'est-à-dire totalement privée de la faculté d'entendre ou de parler ([1]).

Par la même raison, deux absents, ce qui veut dire ici deux personnes trop éloignées l'une de l'autre pour s'entendre, prononceraient en vain la question et la réponse dont se compose la stipulation ([2]).

§ VI.

999. Les contrats tendent tous à établir entre les parties une obligation, et par suite une action qui suppose deux intérêts distincts : or il est certaines personnes qu'un intérêt toujours unique confond pour ainsi dire en une seule, et qui par conséquent ne peuvent être liées l'une à l'autre par aucune obligation. Tels sont le père de famille et les enfants soumis à sa puissance, du moins lorsque ces derniers ne contractent pas relativement aux pécules dont ils sont propriétaires ([3]). La même raison empêche toute obligation du maître envers son esclave ([4]). Elle empêcherait aussi toute obligation de l'esclave envers son maître, s'il n'existait pas pour ce dernier cas une raison plus générale : en effet les esclaves, bien qu'ils stipulent utilement du chef de leur maître [976], ne s'obligent envers personne.

Nous parlons ici des obligations civiles ou obligations proprement dites [938] ; car l'esclave peut être obligé naturellement, même envers son maître ([5]).

TROISIÈME SECTION.

DE QUELLE MANIÈRE DOIVENT ÊTRE FAITES L'INTERROGATION ET LA RÉPONSE.

§§ V et XVIII.

1000. La question et la réponse qui forment la stipulation

([1]) § 7, *h. t.*; § 3, *quib. non est permiss.*; *Gaius*, *fr.* 1, §§ 14 *et* 15, *de obl. et act.*; *Ulp. fr.* 1, *de verb. obl.* — ([2]) § 12, *h. t.*; *Ulp. d. fr.* 1, § 1. — ([3]) *Pap. fr.* 15, §§ 1 *et* 2, *de castr. pecul.*; *Ulp. fr.* 2, *de contrah. empt.* — ([4]) *Diocl. et Max. C.* 13, *de transact.*— ([5]) § 1, *de fidej.*; § 4 *in fin.*, *quod cum eo*; *Paul. fr.* 13, *de cond indeb.*; *Ulp. fr.* 14, *de obl. et act.*

ont entre elles une liaison intime, et l'on ne répond véritablement pas lorsqu'on fait une réponse qui ne cadre pas avec l'interrogation (*ad ea quæ interrogatus fuerat*), par exemple, si cette réponse exprime une condition ou un terme que ne contient pas la question, et réciproquement [1], ou à plus forte raison, si l'on promet une chose autre que la chose stipulée [2].

Ce principe est certain, mais son application offre quelques doutes relativement aux sommes que notre texte prend pour exemple. Suivant Gaïus [3], deux sommes inégales sont deux objets différents, et lorsqu'une personne stipule dix, tandis que l'autre promet cinq, ou réciproquement, la stipulation est nulle. Justinien adopte ici la décision de Gaïus, annule la stipulation [4]; mais il reproduit dans les Pandectes l'opinion de Paul et d'Ulpien [5], qui n'aperçoivent, dans l'inégalité des sommes, qu'une différence de nombre et de quantité. Or, comme à cet égard le plus contient toujours le moins, Paul et Ulpien décident que, malgré l'inégalité des sommes, la réponse cadre toujours avec l'interrogation, mais seulement pour la moindre des deux valeurs.

1001. Pareillement, si l'interrogation comprend plusieurs objets, le répondant qui restreint sa promesse à l'un ou à quelques uns des objets stipulés s'oblige, mais seulement pour la chose ou pour les choses exprimées dans sa réponse, *pro quibus responderit* [6]. En effet, dans cette hypothèse, chaque chose est considérée comme formant l'objet d'une stipulation particulière; il existe donc plusieurs stipulations réunies, mais distinctes et indépendantes entre elles, à ce point que l'une se complète et forme une obligation valable, tandis qu'une autre reste imparfaite [7]. C'est ce qui arrive pour chaque chose en particulier, lorsqu'elle n'est pas comprise, comme elle doit l'être, et dans l'interrogation et dans la réponse [8].

Celui qui veut comprendre dans sa réponse tout ce que contient l'interrogation peut répondre d'un seul mot, par le verbe même qui a servi au stipulant, SPONDEO, PROMITTO, DABO, FACIAM, etc.; ce seul mot comprend tout ce qui a été stipulé, les termes et les conditions énoncées dans l'interrogation. C'est

(1) § 5, *h. t.*; *Ulp. fr.* 1, § 3, *de verb. obl.* — (2) §§ 18 *et* 23, *h. t.*; *Paul. fr.* 83, § 1, *de verb. obl.* — (3) 3 *inst.* 102. — (4) § 5, *h. t.* — (5) *Fr.* 83, § 3; *fr.* 1, § 4, *de verb. obl.* — (6) § 18, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 83, § 4. — (7) § 18, *h. t.*; *Ulp. fr.* 29, *de verb. obl.* — (8) § 18, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 1, § 5, *eod.*

une réponse abrégée qui cadre toujours avec l'interrogation : aussi, pour faire une réponse qui ne concorde pas exactement avec la stipulation, faut-il exprimer ce qu'on veut promettre de plus, de moins ou de différent ([1]).

§ XXIII.

1002. Pour répondre conformément à l'interrogation, il faut promettre la chose demandée, mais on n'exige pas que les contractants la désignent par le même nom : il suffit que l'objet soit le même ([2]). Réciproquement, le même nom, employé dans l'interrogation comme dans la réponse, n'établirait entre elles qu'une apparente et insuffisante conformité, si les contractants l'appliquaient à deux objets différents, par exemple, si en promettant l'esclave Stichus qu'on stipule de moi, je songe, par erreur sur le nom, à l'esclave Pamphile. Dès lors c'est ce dernier que je promets, et non pas Stichus ; la réponse et l'interrogation n'ont pas le même objet : l'obligation sera donc nulle, comme si l'on n'avait fait aucune réponse, *ac si ad interrogatum responsum non esset.*

La nécessité d'une réponse conforme à l'interrogation n'existe que dans les obligations verbales ; ce principe et les conséquences qui en dérivent ([3]) sont étrangers aux contrats consensuels ([4]). Quant à la nullité que prononce notre texte, elle aurait lieu dans tous les contrats, parce qu'elle ne tient pas uniquement à un défaut de conformité entre l'interrogation et la réponse, mais aussi à un défaut de consentement ([5]).

QUATRIÈME SECTION.

POUR QUI PEUT-ON STIPULER OU PROMETTRE ?

§§ III et XXI.

1003. Les conventions en général, et par conséquent les stipulations, produisent leur effet entre les contractants sans jamais préjudicier à autrui ([6]) ; il faut donc que chacun prenne pour soi-même les engagements qu'il lui convient de prendre.

([1]) *Text. hic.* — ([2]) *Paul. fr.* 136 ; *Florent. fr.* 65, § 1, *de verb. obl.* — ([3]) §§ 5, 7, 12 *et* 18, *h. t.* — ([4]) *Paul. fr.* 35, *de verb. obl.* — ([5]) *Paul. fr.* 83, § 1 ; *Venul. fr.* 137, § 1, *eod.* — ([6]) *Pap. fr.* 74, *de reg. jur.*

Si je promets qu'une chose sera donnée ou qu'un fait sera exécuté par Titius, évidemment je ne lie pas ce dernier; et comme il n'a pas été question de me lier moi-même, le stipulant n'a aucune action [1].

Il en est autrement lorsque je promets de faire donner ou de faire exécuter quelque chose par Titius (*effecturum se ut Titius daret*); car alors je prends un engagement pour moi-même, celui de déterminer Titius à exécuter la convention, et jusque-là je serai tenu envers le stipulant [2]. Pareillement, rien ne m'empêche, en répondant pour Titius, de répondre aussi pour moi-même, lorsque prévoyant le cas où Titius n'exécuterait pas ma promesse, je m'oblige conditionnellement par une seconde stipulation à donner une indemnité, *quanti ea res sit* [3], ou une peine [4], c'est-à-dire une valeur déterminée par la convention même [958].

§ XIX.

1004. Réciproquement, si je stipule au profit de Titius, la stipulation ne produit aucune action ni pour Titius, parce qu'il est étranger à la convention, ni pour moi, parce que je suis sans intérêt (*nihil interest stipulatoris*). On ne peut donc pas plus stipuler que promettre pour autrui; mais dans ce cas, comme dans le précédent, si l'on ajoute à la stipulation inutile une clause pénale, le stipulant aura un intérêt évident, et par suite une action pour exiger, non la chose qu'il a stipulée pour Titius, mais la peine qu'il a stipulée pour lui-même.

Cette peine, dont il importe de préciser le caractère, est encourue pour inexécution d'une stipulation inutile, indépendamment de l'intérêt qu'elle peut offrir au stipulant, et lors même qu'elle n'en offrirait aucun, *etiam ei cujus nihil interest* [5]. On ne peut donc considérer la clause pénale ni comme l'évaluation ou la représentation d'un intérêt qui peut ne pas exister, ni comme l'accessoire de la convention qu'elle sanctionne, et qui peut être nulle. La peine forme, comme nous l'avons déjà dit, l'objet d'une stipulation particulière que les parties contractent conditionnellement pour le cas où une promesse antérieure resterait sans exécution; et peu importe alors la validité ou la nul-

(1) § 3, *h. t.*; *Paul. fr.* 83; *Ulp. fr.* 38, § 1, *de verb. obl.*; *Hermog. fr.* 65, *de fidej.* — (2) *Paul. d. fr.* 83. — (3) *Ulp. d. fr.* 38, § 2. — (4) § 21, *h. t.* — (5) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 38, § 17, *de verb. obl.*

lité de cette promesse. Il s'agit d'un contrat subséquent et de la condition dont il dépend; or cette condition est accomplie par cela seul que la promesse antérieure n'est pas exécutée comme elle aurait pu l'être (*a*).

Quant à la manière dont peut être conçue la stipulation pénale, voyez les derniers mots de notre texte, et le § 7 du titre XV.

§ XX.

1005. La stipulation que je fais pour une autre personne est nulle, même envers moi, parce que régulièrement je suis sans intérêt dans les affaires d'autrui; mais cet intérêt existe quelquefois, et alors il valide l'obligation. Ainsi, par exemple, j'ai un procureur chargé de mes affaires; j'ai un créancier qui, faute de paiement à jour fixe, pourra se prévaloir d'une clause pénale ou vendre les choses qu'il a reçues en gage [507]. Il importe beaucoup au succès de mes affaires que mon procureur ne manque pas d'argent; il n'est pas moins important pour moi que mon créancier reçoive ce qui lui est dû : je puis donc valablement stipuler une chose que le promettant sera tenu de donner soit à l'un soit à l'autre [1].

Il en est de même lorsqu'un pupille a plusieurs tuteurs dont l'un, après avoir entrepris la gestion, la cède à un autre tuteur qui offre caution. A cet effet, intervient une stipulation dans la-

[1] *Text. hic; Ulp. d. fr.* 39, §§ 21, 22 *et* 23.

(*a*) Ceux qui veulent considérer la clause pénale comme l'accessoire de la promesse qu'elle sanctionne, disent que la nullité de celle-ci annule la peine. Cette proposition, dont la généralité est démentie par les textes que nous expliquons (§§ 19 *et* 21, *h. t.*), s'appuie sur une décision d'Ulpien (*fr.* 69, *de verb. obl.*). Dans l'espèce, on a stipulé un esclave qui était mort au moment de la stipulation : le promettant ne doit ni l'esclave ni la peine. Pourquoi n'encourt-il pas la peine? est-ce parce qu'il ne doit pas l'esclave? C'est, selon moi, parce que la condition de la clause pénale n'est pas accomplie; en effet, l'inexécution que les parties ont prévue et dont elles ont fait dépendre la peine, est l'inexécution volontaire qui arrive par la faute ou par le fait du débiteur. Conséquemment, l'inexécution d'une promesse impossible ne tombe pas dans le cas de la clause pénale.

Je suppose ici que les contractants, ignorant la mort de l'esclave, croyaient stipuler et promettre une chose possible. Dans le cas contraire, la promesse de donner l'esclave ne serait pas moins nulle; mais le promettant devrait la peine, c'est-à-dire la somme promise pour le cas où il ne donnerait pas l'esclave dont la mort était connue; car cette dernière promesse ne diffère en rien de celle qu'on ferait sous la condition de ne pas atteindre les astres, ou de ne pas exécuter tout autre fait impossible; elle doit donc valoir [1010].

quelle le tuteur qui prend l'administration promet *rem pupilli salvam fore*. Cette promesse concerne directement le pupille : c'est donc lui qui doit stipuler ; mais comme le tuteur qui cède la gestion n'en reste pas moins responsable [291], il se trouve intéressé dans toutes les garanties qu'obtiendra le pupille, et en raison de cet intérêt il peut stipuler pour ce dernier, *rem pupilli salvam fore* (*a*).

§ IV.

1006. La créance résultant d'une stipulation faite par une personne *alieni juris* appartient au père de famille sous la puissance de qui se trouve le stipulant [1]. Ce qu'on doit à l'esclave est toujours dû au maître : aussi l'esclave stipule-t-il valablement pour son maître ou pour un autre esclave appartenant au même maître, *conservo suo* [2]; et réciproquement, le maître peut stipuler pour son esclave (*ei qui juri tuo subjectus est*). La même règle s'applique au père de famille et aux enfants soumis à sa puissance, du moins pour tout ce qu'il acquiert par eux [3]. L'impossibilité de stipuler pour autrui s'entend donc

[1] *Pr. per quas pers. nob. obl.* — [2] § 1, *de stip. serv.* — [3] *Text. hic, in fin.*; § 1, *de stip. serv.*

(*a*) *Text. hic.*; *Ulp. fr.* 38, § 20, *de verb. obl.* Cet exemple prouve qu'en général le tuteur ne peut ni stipuler pour le pupille, ni lui acquérir aucune action en contractant pour lui (*Diocl. et Max. C.* 5, *quando ex fac. tut.*) ; mais on est souvent forcé de déroger au droit strict en donnant au pupille une action utile en vertu des conventions faites par le tuteur (*Ulp. fr.* 2 ; *Alex. C.* 2 ; *Diocl. et Max. C.* 4, *eod.*). Régulièrement le pupille stipule lui-même, et lorsqu'il est *infans* ou absent, c'est un de ses esclaves qui stipule pour lui, parce que le maître profite toujours des obligations contractées envers ses esclaves [1108]. Si le pupille n'a point d'esclave, on doit lui en acheter un (*Ulp. fr.* 2, *rem pup. salv.*); subsidiairement enfin, le tuteur stipulera (*Ulp. fr.* 9, *de administ. et peric.*), ou lorsque les parties seront devant un magistrat, celui-ci pourra stipuler lui-même ou faire stipuler, soit par un esclave public, soit par toute autre personne qu'il désignera. C'est ainsi que se fait souvent la stipulation *rem pupilli salvam fore ;* mais dans tous les cas, la stipulation du tuteur, du magistrat ou de la personne par lui désignée, n'acquiert au pupille qu'une action utile. (*Ulp. fr.* 1, §§ 15 *et* 16, *de magist. conv. ; fr.* 2, 3 *et* 4, *rem pup. salv.*).

Le père de famille qui adroge un pupille, doit s'engager, pour le cas où l'adrogé décéderait impubère, à rendre ses biens aux personnes qui les auraient recueillis à défaut d'adrogation ; or il est impossible de contracter cette obligation envers ceux qui doivent en profiter, car les héritiers testamentaires ou légitimes qu'aurait eus l'adrogé ne seront pas connus de son vivant. Aussi la stipulation n'est-elle pas faite par eux, mais par un esclave public; et dans ce cas, comme dans le cas précédent, ils n'ont qu'une action utile (V. *Ulp. d. fr.* 2, 3 *et* 4).

exclusivement des personnes à qui ou par qui le stipulant ne peut point acquérir [1].

1007. Si l'on stipule inutilement pour elles en ce sens qu'on ne leur acquiert aucune action; rien n'empêche qu'on ne désigne, pour recevoir le paiement, une personne quelconque, un pupille ou même un esclave. Dans ce cas le débiteur se libère en payant soit au créancier, soit à la personne désignée, c'est-à-dire à elle-même, et non pas à ses héritiers lorsqu'elle est décédée, ou à son maître lorsqu'elle est esclave [2], à elle-même et sans autorisation de tuteur, lorsqu'elle est impubère [3]; et cela sans distinguer si le débiteur paie avec le consentement du stipulant ou malgré lui (*etiam invito eo*) : car le débiteur use d'une faculté que lui donne le contrat, et que le créancier ne doit pas lui enlever en changeant d'intention [4]. Néanmoins ce dernier n'en reste pas moins seul créancier ; l'obligation n'appartient qu'à lui, et il aura l'action de mandat pour se faire rendre compte du paiement par la personne désignée pour le recevoir. Cette personne n'est donc qu'un mandataire du stipulant ; c'est un adjoint que la convention lui donne, non pour profiter de la stipulation, mais pour en faciliter l'exécution ou le paiement. Les interprètes l'appellent *adjectus solutionis gratia*, à cause des expressions de Papinien [5].

Pour avoir un pareil adjoint, je stipule que l'on donnera à moi ou à Séius, MIHI AUT SEIO DARE SPONDES [6]?

1008. En serait-il de même, si je stipulais pour moi et pour Séius? Dans ce dernier cas, Séius m'est adjoint, non pour le paiement, mais pour l'obligation [7] ; c'est un concurrent que je me donne : aussi la stipulation n'a-t-elle d'effet qu'à mon égard. J'en profiterai donc seul ; mais pour combien? pour moitié seulement, d'après l'opinion des Proculéiens [8]. Les Sabiniens, au contraire, considéraient l'adjonction de Séius comme non avenue [9], et attribuaient au stipulant la totalité de la chose promise (*a*).

[1] *Pr. §§ 1 et 2, per quas pers. nob. obl.* — [2] *Ulp. fr. 9, de solut.; Julian. fr. 55, de verb. obl.* — [3] *Pomp. fr. 11, de solut.* — [4] *Gaius, fr. 106 ; Ulp. fr. 12, § 3, eod.* — [5] *Fr. 95, § 3, eod.* — [6] *Text. hic. V. Ulp. fr. 12, § 1, de solut.; Julian. fr. 65, § 2, de verb. obl.* — [7] *Julian. fr. 56, eod.* — [8] *Text. hic; Pomp. fr. 110, de verb. obl.* — [9] *Gaius, 3 inst. 103.*

(*a*) *Gaius, 3 inst. 103; Javol. fr. 5, commun. præd.; fr. 64, de contrah. empt.*). En comparant notre texte et celui de Pomponius avec la décision de Javolenus, les

CINQUIÈME SECTION.

DU TERME ET DE LA CONDITION INSÉRÉS DANS LES STIPULATIONS.

§§ XI et XXV.

1009. Lorsqu'on subordonne l'obligation à un événement auquel s'oppose l'ordre de la nature, on contracte sous une condition impossible, ou plutôt on ne contracte pas; car le consentement donné pour une hypothèse qui ne doit jamais se réaliser, n'est pas un consentement réel. La condition impossible viciera donc la stipulation (¹), comme tout autre contrat (²), tandis qu'en matière de testament l'opinion des Sabiniens, qui a prévalu [600], considère la condition impossible comme non écrite (³). J'ai déjà dit que cette distinction ne me paraît pas suffisamment justifiée. Marcianus (⁴), jurisconsulte sabinien, semble la rattacher à cette circonstance, que la formation d'un contrat suppose le concours de deux volontés au moins : il n'y en a qu'une dans le testament; mais cette volonté unique peut-elle donc être moins sérieuse que le consentement des contractants? Si la condition impossible est considérée comme non écrite dans les testaments, c'est vraisemblablement pour valider l'institution, afin que le père de famille ne décède point intestat. Le même motif n'existe pas pour les obligations : aussi ne trouvons-nous dans cette matière aucune trace du système des Sabiniens; mais leur décision sur la condition impossible ne s'applique pas seulement à l'institution d'héritier; elle a prévalu, par extension sans doute, dans toutes les dispositions testamentaires.

1010. Contracter pour le cas où je toucherais les astres (*si digito cœlum attigero*) et sous toute autre condition semblable,

(¹) § 11, *h. t.; Gaius, fr.* 1, § 2, *de obl. et act.*— (²) *Marcian. fr.* 31, *eod.* — (³) *Gaius,* 3 *inst.* 98.— (⁴) *Marcian. d. fr.* 31.

---

interprètes ont tenté différents moyens de conciliation; ils se sont attachés à la différence qui existe, par la nature même de l'obligation, entre la vente ou tout autre contrat de bonne foi et la stipulation qui est le droit strict (*Pothier*, 2, *Pand.* 14, *n°* 23); mais le principe qui défend de traiter pour autrui s'applique indistinctement à tous les contrats (*Paul. fr.* 11, *de obl. et act.*). Les conséquences doivent donc être les mêmes pour tous, et si elles paraissent varier, c'est parce que Justinien reproduit tantôt le système des Proculéiens, tantôt celui des Sabiniens.

c'est, comme nous l'avons dit, ne point contracter ; mais, au contraire, la condition de ne pas toucher les astres (*si... non attigero*), et en général de ne pas faire une chose impossible, n'infirme pas l'obligation, et ne la suspend même pas. La promesse reste pure et simple, et le stipulant peut agir tout de suite, *statim* (1). Il est certain, en effet, que la condition de ne pas faire l'impossible ne peut manquer de s'accomplir, comme il est certain, en sens inverse, que la condition de faire l'impossible ne s'accomplira point : ainsi les événements impossibles, dans quelque sens que l'on s'y réfère, positivement ou négativement, n'ont jamais rien de conditionnel.

Il existe une impossibilité légale ou morale, qui ne doit pas être confondue avec l'impossibilité physique dont nous venons de parler. A la vérité, la condition de faire une chose contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, et la condition de toucher les astres, infirment également l'obligation (2) ; mais on stipule valablement sous la condition de ne pas toucher les astres, tandis que le fait illicite, soit que la condition consiste à le commettre ou à ne le pas commettre, vicie toujours l'obligation (*a*). En effet, promettre une chose quelconque à Titius s'il n'assassine pas, c'est la lui promettre pour qu'il n'assassine point ; évidemment dans ce cas Titius stipule *ex turpi causa* [992].

Le § 25 a été expliqué précédemment [966].

§ XIV.

1011. Dans une stipulation pure et simple, la dette existe immédiatement ; le terme qu'on y ajoute diffère seulement l'exécution [962]. Dans une stipulation conditionnelle, la dette ne commence qu'à l'événement de la condition [966], et alors encore on peut reporter l'exécution à une autre époque, pourvu

(1) § 11, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 7 ; *Paul. fr.* 8, *in fin.*, *de verb. obl.*— (2) *Venul. fr.* 137, § 6, *eod.*

(*a*) *Ulp. fr.* 7, § 3, *de pact.* Lorsque la condition porte, non sur le fait du stipulant, mais sur celui du promettant, il n'existe aucune raison pour infirmer la convention, par exemple, si le promettant s'engage à ne pas commettre un fait illicite, et se soumet, pour le cas où il le commettrait, à une peine convenue (*Pap. fr.* 121, § 1, *de verb. obl.*). En effet, loin de contrevenir au bon ordre, cette convention le favorise. S'il existe des décisions en sens opposé (*Pomp. fr.* 19, *eod.*; *Alex. C.* 2, *de inutil. stip.*), elles s'expliquent par la faveur qu'on accordait à la liberté des mariages, même dans le cas des secondes noces, qui, dans le Bas-Empire, sont devenues l'objet de dispositions restrictives (V. *Cod.*, *lib.* 5, *tit.* 9).

que l'échéance du terme ne précède pas l'événement de la condition ; car autrement l'effet précéderait la cause, et la stipulation prépostère (*præpostere concepta*) impliquerait évidemment contradiction. Notre texte en fournit un exemple.

Une convention aussi bizarre devait se présenter rarement ; cependant le droit a subi sous ce rapport plusieurs variations. Jusqu'au règne de Léon, la stipulation prépostère fut totalement inutile : ce prince la rendit obligatoire dans les conventions relatives à la dot, et Justinien transforme cette exception en règle générale. Ainsi, malgré la fixation d'un terme antérieur à l'événement de la condition, les dispositions testamentaires et les contrats vaudront comme dispositions et comme contrats conditionnels, qui ne doivent jamais s'exécuter avant l'accomplissement de la condition (1).

§§ XIII et XVI.

1012. On a toujours pu différer l'exécution d'une obligation jusqu'après la mort d'un tiers, mais on ne pouvait pas la différer jusqu'après la mort des parties intéressées, c'est-à-dire après la mort du promettant ou du stipulant, ou même de la personne *sui juris* qui, ayant ce dernier sous sa puissance, acquiert par lui le bénéfice de l'obligation. En effet, stipuler ou promettre pour une époque où nous ne serons plus, c'est en quelque sorte stipuler ou promettre pour nos héritiers ; et quoique ceux-ci succèdent aux créances et aux obligations que le défunt transmet avec son hérédité (2), cette transmission n'avait lieu qu'à l'égard des actions qui auraient pu être intentées par le défunt ou contre lui de son vivant. On pensait que l'exercice d'une action, lorsqu'il aurait été impossible pour une personne ou contre elle, ne devait pas commencer de son chef pour ou contre ses héritiers (3). Justinien (4) ne s'arrête pas à cette considération, qui s'appliquait aussi à l'action du légataire contre l'héritier, quoique d'autres raisons, tirées de la nature des legs, militassent déjà contre ceux qui étaient laissés *post mortem heredis aut legatarii* [735, 736].

1013. Néanmoins on stipulait souvent *post mortem suam* ; et pour ne pas le faire inutilement, on s'adjoignait une per-

(1) *Justin. C.* 25, *de test. et quemadm.* — (2) § 1, *de perp. et temp.* — (3) *Gaius*, 3 *inst.* 100. — (4) *Text. hic ; C.* 11, *de contrah. stip.; C. ut act. et ab her.*

sonne qui, au terme convenu, c'est-à-dire après la mort du stipulant, devait recevoir la chose promise, pour en rendre compte comme l'*adjectus solutionis gratia* [1007], sauf cette différence qu'il ne s'agit pas seulement ici de toucher un paiement volontaire ; il importe que mon adjoint puisse l'exiger, et qu'il ait après ma mort une action qui n'existera ni pour moi-même, ni pour mes héritiers. Cette action, je ne l'acquerrais pas à une tierce personne en stipulant pour elle ; il faut donc que mon adjoint stipule aussi, et parce qu'il stipule avec moi, on l'appelle *adstipulator* (1). Relativement au créancier, l'adstipulateur est un mandataire comptable de tout ce qu'il reçoit (*a*); mais à l'égard du promettant, c'est un véritable créancier : il en a et en exerce tous les droits personnellement, en ce sens qu'il ne les transmet ni à ses héritiers, ni au père de famille sous la puissance duquel il se trouve (2).

Justinien, en permettant de stipuler *post mortem suam*, a rendu inutile le secours et l'usage des adstipulateurs [1144.]

§§ XV, XXVI et XXVII.

1014. Ce qu'on a dit pour le jour qui suit la mort (*post mortem*) s'applique également au jour qui la précède (*pridie quam moriar... quam morieris*), car la veille du décès ne sera connue qu'après le décès (3); mais en sens inverse, un mourant, un homme qui se meurt, n'est pas mort : aussi tous les témoignages s'accordent-ils pour constater la validité des legs et des obligations dont l'exécution est reportée, non pas après la mort, mais à l'époque où l'une des parties sera mourante (*b*).

Les §§ 26 et 27 ont été expliqués précédemment [962].

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 110, 111 *et* 117. — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 114. — (3) *Text hic.*; *Gaius*, 3 *inst.* 100.

(*a*) Dans le cas dont il s'agit ici, l'adstipulateur ne recevra rien qu'après la mort du stipulant, et c'est aux héritiers de ce dernier qu'il rendra compte (*Gaius*, 3, *inst.* 111 *et* 117). Ceux-ci auront donc contre l'adstipulateur une action que le défunt n'a pu exercer lui-même [1080].

Observez, au surplus, qu'il n'était pas nécessaire de stipuler *post mortem suam* pour se donner un adstipulateur. Cette adjonction n'avait pas la même utilité dans les stipulations ordinaires, mais elle n'était pas sans exemple (*Gaius*, 3 *inst.* 114 *et* 117).

(*b*) CUM MORIAR, CUM MORIERIS (*text. hic*; V. *Ulp.* 24, *reg.* 16; *fr.* 45, §§ 1 *et* 3, *de verb. obl.*; *fr.* 17, *de condict. ind.*; *Pomp. fr.* 1, § 2; *Pap. fr.* 79, *pr. et* § 1, *de cond. et dem.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 6). La contradiction que présentent sur ce point les Institutes de Gaïus (2 *inst.* 232; 3 *inst.* 100) fait supposer un renversement complet dans le sens du dernier paragraphe.

SIXIÈME SECTION.

COMMENT SE CONSTATENT LES STIPULATIONS.

§ XII.

1015. Dans les différents contrats dont nous avons parlé jusqu'ici, le consentement, pour devenir obligatoire, doit être accompagné soit d'une dation ou d'une simple tradition de la chose, soit d'une solennité verbale d'où résulte la stipulation. Nous n'avons parlé ni d'écriture, ni d'aucune autre solennité : en effet, le contrat vaut, indépendamment de toute écriture, par la réunion des circonstances qui, dans la plupart des obligations, doivent se joindre au consentement, et quelquefois même par le consentement seul. En cas de dénégation, le fait obligatoire doit être prouvé par celui qui en affirme l'existence, et la preuve se fait par plusieurs moyens, notamment par le rapport des témoins (1), ou par l'écriture qui, sans être nécessaire à la validité du contrat, fournit toujours un moyen sûr et facile de constater ce qui s'est passé entre plusieurs personnes, et d'obtenir à cet égard un témoignage invariable (2).

A cet effet, on écrit ordinairement, lors du contrat, un acte, un document que l'on appelle *instrumentum*, parce qu'il sert, en cas de contestation, à instruire ou à éclairer la cause, c'est-à-dire le procès (3). Les faits ainsi relatés sont réputés vrais : celui qui les allègue n'a pas besoin d'autre preuve ; mais comme l'écriture relate quelquefois des faits inexacts ou faux, celui qui les contredit peut détruire, par une preuve contraire, la confiance dont jouit l'*instrumentum* (4).

1016. Ainsi, par exemple, aucune stipulation ne se forme entre absents [998] ; mais lorsqu'un écrit constate l'existence d'une stipulation intervenue tel jour, en tel lieu, l'acte suffit jusqu'à preuve contraire : le défendeur devra donc prouver que l'un des contractants a passé ailleurs la totalité du jour indiqué (*toto eo die quo*, etc.). Jusque-là l'écriture fera pleine foi, *omnino credendas* (5) [1328, 1329].

(1) *Callistr. fr.* 5, *de fide instr.; Constant. C.* 15, *eod.; Alex. C.* 4 ; *Diocl. et Max. C.* 12, *de prob.* — (2) *Gaius, fr.* 4, *de fide instrum.; Diocl. et Max. d. C.* 12. — (3) *Paul. fr.* 1, *de fide instrum.* V. § 17, *h. t.* — (4) *Diocl. et Max. C.* 18, *de probat.* — (5) *Text. hic; Justin. C.* 14, *de contrah. et committ. stip.*

Observez que cette preuve doit être faite par d'autres écritures ou par des témoins dignes de toute confiance, *idoneos, omni exceptione majores* (1). Devons-nous en conclure que régulièrement la preuve testimoniale ne serait pas admise contre la preuve écrite (2)?

§ XVII.

1017. L'*instrumentum* ou l'écrit rédigé pour prouver l'existence d'une obligation verbale doit régulièrement constater deux faits distincts, l'interrogation du stipulant et la réponse du promettant. Nous avons, en effet, plusieurs exemples d'actes semblables énonçant qu'un tel a stipulé, que tel autre a promis, etc. (3). Ici, au contraire, l'écrit mentionne seulement la promesse du répondant (*promisisse aliquem*), et cette énonciation incomplète est déclarée suffisante : en effet, dire que Titius a promis, c'est indiquer tacitement qu'il a promis pour répondre, et de la manière dont on doit répondre à une interrogation précédente; c'est renfermer dans un seul mot l'abrégé de toutes les solennités nécessaires pour valider une promesse et la rendre obligatoire (4), sauf la preuve contraire, réservée à celui qui nie l'accomplissement des solennités (5).

(1) *Justin. d. C.* 14. — (2) *Paul.* 5 *sent.* 15, § 4; *Cujac.* 13 *observ.* 38. — (3) § 2, *quib. mod. obl. toll.* — (4) *Text. hic*; § 8, *de fidejuss.*; *Paul.* 5 *sent.* 7, § 2; *fr.* 134, § 2; *Ulp. fr.* 30, *de verb. obl.*; *Anton. C.* 1, *de contrah. et committ. stip.* — (5) *Ulp. fr.* 7, § 10, *de pact.*

TITRE XX.

DES FIDÉJUSSEURS.

Le promettant trouve souvent d'autres personnes qui s'obligent pour lui et qu'on appelle fidéjusseurs. Le créancier accepte leur engagement pour augmenter ses sûretés.

1. Ils peuvent accéder à toute espèce d'obligations, soit qu'elles aient été contractées par la chose, par paroles, par écrit ou par le

TITULUS XX.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Pro eo qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur : quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contrac-

tæ fuerint. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fidejussor: adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.

2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit.

3. Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur : itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere : ideoque, si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit, et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur : nam eorum obligatio accessio est principalis obli-

consentement. On ne distingue pas même si l'obligation à laquelle accèdent les fidéjusseurs est civile ou naturelle; en effet, ils peuvent s'obliger même pour un esclave, soit envers des étrangers, soit envers son propre maître, à raison de ce qui lui est dû naturellement.

2. Le fidéjusseur ne s'oblige pas seul; ses obligations sont transmissibles à ses héritiers.

3. La fidéjussion peut ou précéder ou suivre l'obligation.

4. Lorsqu'il existe plusieurs fidéjusseurs, ils sont tenus chacun pour le tout, quel que soit leur nombre. Ainsi, le créancier est libre de s'adresser pour la totalité à qui bon lui semble; mais un rescrit de l'empereur Adrien force le créancier d'agir pour partie contre chacun des fidéjusseurs qui se trouvent solvables à l'époque de la constatation du litige. Conséquemment, si à cette époque un des fidéjusseurs se trouve insolvable, sa part retombe sur les autres; mais si l'un des fidéjusseurs paie toute la dette, il supportera seul la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur; et c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, puisqu'il pouvait invoquer le rescrit d'Adrien, et demander que l'action fût donnée contre lui seulement pour partie.

5. Les fidéjusseurs ne peuvent pas s'obliger de manière à devoir plus que le débiteur même, car leur obligation accède à une autre, et l'accessoire ne peut jamais

excéder le principal; mais en sens inverse, ils peuvent devoir moins. Ainsi, lorsque le débiteur a promis dix, le fidéjusseur s'oblige valablement pour cinq; mais il ne peut pas s'obliger en sens inverse. De même lorsque le débiteur a promis purement, le fidéjusseur peut promettre sous condition, sans pouvoir faire l'inverse. On doit plus ou moins, non seulement à raison de l'objet, mais aussi à raison de l'échéance; car payer comptant, c'est payer plus, et payer à l'expiration d'un délai, c'est payer moins.

6. Le fidéjusseur qui a payé pour le débiteur a l'action de mandat contre lui pour se faire rembourser.

7. Un fidéjusseur s'oblige en grec, de la manière suivante : τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω ou βούλομαι. Φημί équivaudrait aussi à λέγω.

8. Dans les stipulations de fidéjusseurs, on tient généralement pour constant tout ce qui est rapporté dans l'acte. Aussi, quand une personne a reconnu par écrit s'être rendue fidéjusseur, on présume que toutes les solennités requises ont été observées.

gationis, nec plus in accessione potest esse quam in principali re; at ex diverso, ut minus debeant obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

7. Græce fidejussor ita accipitur : τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω sive βούλομαι; sed et si φημι dixerit, pro eo erit ac si dixerit λέγω.

8. In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum : ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

EXPLICATION.

PR.

1018. L'action donnée pour assurer l'exécution d'une obligation amènerait inutilement la condamnation d'un débiteur

insolvable; mais ce danger diminue pour le créancier lorsqu'il peut agir à raison de la même dette contre plusieurs personnes. Aussi, pour mieux garantir sa promesse (*ut diligentius cautum sit*), le répondant s'adjoint-il souvent une ou plusieurs personnes qui s'obligent avec lui et pour lui, *pro eo qui promittit*.

Tels sont les fidéjusseurs. Tels étaient aussi les *sponsores* et les *fidepromissores* que Justinien passe sous silence, quoiqu'il emprunte ici une des branches de la comparaison que Gaïus [1] avait établie entre les fidéjusseurs et les autres personnes qui, comme eux, s'obligent pour autrui.

Les *sponsores* et les *fidepromissores*, sauf une différence que nous indiquerons plus loin [1025], ne se distinguent que par le nom. Pour éviter d'inutiles répétitions, nous ne parlerons donc ici que des seconds.

§§ I et II.

1019. Les *fidepromissores* accédaient exclusivement à une seule espèce d'obligation, à celle qui se contracte VERBIS [2]; mais toute obligation civile ou naturelle, comme l'obligation d'un esclave envers son maître ou envers un étranger, pouvait être garantie par fidéjusseurs, de quelque manière qu'elle eût été formée (*a*), et avant même d'être formée [3]. Réciproquement, le fidéjusseur intervenait inutilement pour quiconque n'était tenu d'aucune obligation civile ou naturelle [4]; mais les *fidepromissores* s'obligeaient quelquefois pour un promettant qui n'était pas lui-même valablement obligé. C'est ainsi qu'ils accédaient à la promesse d'un pupille non autorisé, ou à celle que le répondant avait faite *post mortem suam* [5]. Dans ce dernier cas, ils intervenaient pour le promettant, comme l'adstipulateur pour le stipulant [1013], et afin de se soumettre personnellement à une action qui, dans certains cas, n'aurait point été donnée contre le promettant.

(1) *Gaius*, 3 *inst* 115 *et seqq.* — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 119. — (3) § 3, *h. t.* — (4) *Venul. fr.* 18, *de sc. maced.*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *de fidejuss.* — (5) *Gaius*, 3 *inst.* 119.

(*a*) § 1, *h. t.* V. *Gaius*, 3 *inst.* 119; *Ulp. fr.* 8, §§ 2, 3, 4, 5 *et* 6; *Julian. fr.* 16, § 3, *h. t.* Théodose et Justinien ont voulu que la femme ne pût recevoir aucune caution de son mari pour la restitution de sa dot (*C.* 1 *et* 2, *ne fidej. vel mand. dot.*). Nous reviendrons plus loin [1116] (§ 3, *quib. mod. toll. obl.*) sur la dette de l'esclave et sur la distinction des obligations civiles et naturelles.

Le *fidepromissor* s'y soumettait personnellement, en ce sens que ses héritiers ne succédaient pas à son obligation, pas plus que les héritiers de l'adstipulateur ne succédaient à sa créance (1); mais la règle générale qui soumet l'héritier à toutes les obligations du défunt restait applicable à la fidéjussion (2).

§ IV.

1020. Dans l'origine, les *fidepromissores* restaient exposés toute leur vie à l'action du créancier, et lorsque plusieurs avaient concurremment accédé à la même obligation, chacun était tenu pour la totalité, comme s'il avait été seul ; mais une loi, dite *Apuleia*, vint établir entre les *fidepromissores* une sorte de société, et dès lors celui d'entre eux qui payait la totalité ou plus que sa part, eut un recours contre les autres (3). Cette loi ne changea rien aux droits du créancier ; mais la loi Furia (*a*) vint y apporter, pour l'Italie seulement, des restrictions considérables. L'action fut limitée par un délai qui, selon toute vraisemblance, était de deux ans ; et dans ce délai même l'obligation fut divisée par la loi entre tous les *fidepromissores* vivants à l'époque où la dette devenait exigible. Ainsi chacun d'eux devait être poursuivi pour sa part seulement (4).

Les lois Apuleia et Furia n'avaient fait aucune mention des fidéjusseurs : conséquemment le créancier resta libre de choisir parmi eux celui qu'il voulait poursuivre, et de l'attaquer pour la totalité sans aucune limitation de temps. La position des fidéjusseurs ne changea que sous Adrien.

1021. D'après un rescrit de ce prince, celui des fidéjusseurs contre qui le créancier veut agir pour la totalité peut demander que l'action soit donnée seulement pour sa part, *ut pro parte in se detur actio*. A ce moyen, le créancier, n'obtenant qu'une action partielle, est forcé de poursuivre chacun des fidéjusseurs pour sa part (5).

La division accordée par Adrien ne s'opère qu'entre les fidéjusseurs solvables ; la portion des insolvables, lorsqu'il s'en

(1) *Gaius*, 3 *inst.*, 114, 120. — (2) § 2, *h. t.*; *Gaius*, 3 *inst.* 120 ; *Ulp. fr.* 4, § 1, *h. t.* — (3) *Gaius*, 3 *inst.* 122. — (4) *Gaius*, 3 *inst.* 121. — (5) *Text. hic* ; *Gaius*, 3 *inst.* 121 *et* 122.

(*a*) La loi Apuleia *de sponsu* a été portée l'an de Rome 652 ; on place la loi Furia sept ans plus tard, en 659.

trouve, retombe sur les autres, *ceteros onerat* (*a*). Il faut donc fixer ici quelle époque on devra considérer pour savoir si tel fidéjusseur est solvable ou insolvable; car si l'insolvabilité antérieure pèse sur les autres fidéjusseurs, l'insolvabilité postérieure retombe sur le créancier. Cette époque est celle d'un événement très important dans l'exercice des actions, et qu'on appelle LIS CONTESTATA OU LITIS CONTESTATIO [1175].

1022. Si la dette est payée en totalité par l'un des fidéjusseurs, celui-ci n'a, en cette qualité, aucun recours contre les autres (1). A proprement parler, il ne peut même pas agir comme cessionnaire des droits du créancier, puisqu'en payant il éteint la dette et libère tous les débiteurs [1114], en sorte que le créancier n'a plus ni droits ni actions à céder; mais il n'en est pas de même lorsqu'au lieu d'acquitter et d'éteindre la dette primitive, le fidéjusseur achète les droits du créancier. La somme que celui-ci reçoit alors comme prix de cette vente n'est pas un paiement de la dette primitive : sa créance subsiste et est valablement cédée à l'acheteur (2). C'est ainsi que quiconque satisfait le créancier peut, dans le moment même, obtenir une cession d'actions qui deviendrait impossible après un paiement pur et simple (3).

La cession dont nous parlons est un avantage que le créancier ne peut pas refuser au fidéjusseur qui acquitte intégralement la dette (4), et ce n'est qu'à la charge de consentir cette cession, que le créancier peut agir pour la totalité contre un des fidéjusseurs (5). Ce bénéfice, qui existait avant le règne d'Adrien, a conservé depuis son utilité : sans doute, le bénéfice de division est plus avantageux, en ce qu'il évite au fidéjusseur poursuivi pour la totalité la nécessité d'avancer un capi-

(1) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 122 ; *Modest. fr.* 39, *h. t.; Alex. C.* 11, *eod.*— (2) *Paul. fr.* 36, *de fidej.* — (3) *Modest. fr.* 76, *de solut.* — (4) *Julian. fr.* 17, *eod.*— (5) *Sever. et Ant. C.* 2 ; *Diocl. et Max. C.* 21, *h. t.*

(*a*) *Text. hic ; Gaius*, *fr.* 26, *h. t.* D'après la loi Furia, au contraire, la division s'opérait de droit entre tous les *fidepromissores* existants, soit qu'ils fussent ou ne fussent pas solvables (*Gaius*, 3 *inst.* 121). La garantie des fidéjusseurs était donc plus avantageuse au créancier; et, lorsqu'on pouvait l'obtenir, il est probable que l'on ne recourait pas à celle des *fidepromissores*. Cependant l'accession de ces derniers était encore indispensable quand le débiteur promettait *post mortem suam* ; mais sous Justinien, semblable promesse est valable [1013], et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit garantie par fidéjusseur. Il n'est donc pas surprenant que la compilation justinienne soit restée muette sur les *sponsores* et les *fidepromissores*.

tal, peut-être considérable, pour acheter l'espoir d'un recouvrement tardif et difficile ([1]); mais le bénéfice de cession a d'autres avantages dont nous parlerons plus loin [1024].

1023. Les fidéjusseurs ont encore le bénéfice d'ordre ou de discussion, c'est-à-dire qu'ils peuvent renvoyer le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal lorsqu'il est présent; à ce moyen les fidéjusseurs ne paient que ce dont le débiteur n'a pu se libérer lui-même. Ce bénéfice est accordé aux fidéjusseurs par Justinien ([2]), qui prétend rétablir ainsi une ancienne règle, maintenue en usage pour les créances du fisc ([3]), mais tombée en désuétude pour celle des particuliers. En effet, ceux-ci agissaient à leur choix contre le débiteur principal ou contre le fidéjusseur ([4]). Il importe même d'observer que l'action intentée contre l'un ne permettait plus de revenir contre l'autre ([5]). Ce dernier point était déjà changé par Justinien ([6]), lorsqu'il a établi ou rétabli le bénéfice de discussion [1083].

§ VI.

1024. L'adstipulateur et la personne que le créancier s'adjoint pour recevoir le paiement sont, relativement à ce dernier, des mandataires comptables de tout ce qu'ils ont touché pour lui [1007, 1013]. Pareillement, le fidéjusseur qui s'oblige pour autrui s'engage ordinairement par suite d'une mission expresse ou tacite : de cette mission résulte, entre celui qui la donne et celui qui la reçoit, un mandat, et conséquemment l'action *mandati*, que notre texte accorde ici contre le débiteur, parce que c'est de lui qu'émane le plus souvent la mission du fidéjusseur ([7]); mais elle pourrait émaner d'un autre mandant, et alors l'action *mandati* aurait lieu contre ce dernier ([8]). Le fidéjusseur qui s'oblige en l'absence et à l'insu du débiteur principal n'est pas un mandataire, mais un *negotiorum gestor*, et en cette qualité il peut agir, contre ceux dont il a payé la dette ([9]), par l'action *negotiorum gestorum* [1095]; mais le fidéjusseur qui agit par pure libéralité, *animo donandi* ([10]), ou malgré le débiteur ([11]), n'a aucune action.

([1]) *Ulp. fr.* 10, *de fidej.* — ([2]) *Nov.* 4, *præfat. et cap.* 1. V. *Diocl. et Max. C.* 4, *quando fisc. vel. priv.* — ([3]) *Diocl. et Max. C.* 4, *quand. fisc. vel. priv.* — ([4]) *Callistr. fr.* 3, § 8, *de jur. fisc.*; *Ant. C.* 5; *Diocl. et Max. C.* 19, *h. t.* — ([5]) *Paul.* 2 *sent.* 17, § 16. V. *Julian. fr.* 13, *h. t.* — ([6]) *Ct* 28, *h. t.* — ([7]) *Ulp. fr.* 60, *de reg. jur.* — ([8]) § 3, *de mandat.*; *Ulp. fr.* 21; *Pap. fr.* 53, *mandat.* — ([9]) *Paul. fr.* 20, § 1, *eod.* — ([10]) *Ulp. fr.* 6, § 2, *mandat.* — ([11]) *Paul. fr.* 40, *eod.*

Les actions *mandati* et *negotiorum gestorum* sont insuffisantes contre un mandant et contre un débiteur insolvables ; et c'est alors surtout qu'il importe au fidéjusseur d'invoquer le bénéfice de division pour ne payer qu'une partie de la dette garantie par plusieurs, ou du moins d'obtenir, lorsqu'il paie en totalité, la cession des actions du créancier. En effet, outre le recours que la cession lui donne contre ses cofidéjusseurs, elle lui confère toutes les garanties, gages, hypothèques et priviléges attachés à la créance principale : ainsi, fût-on seul fidéjusseur, on pourrait, avec les actions cédées par le créancier, arriver à une indemnité que l'on n'obtiendrait pas toujours en agissant par l'action de mandat (1).

1025. Cette action *mandati* appartenait également aux *fidepromissores* et aux *sponsores*. Toutefois ces derniers avaient, contre le débiteur principal, une action particulière dite *depensi*. Cette action, qui résulte de la loi Publilia (*a*), produisait contre le défendeur, en cas de dénégation de sa part, une condamnation au double (2).

§ VII.

1026. Quelle que soit l'obligation principale et la manière dont elle s'est formée, le fidéjusseur s'engage toujours par une stipulation. L'interrogation et la réponse dont elle se compose peuvent être prononcées en grec dans les termes indiqués par notre texte (3), mais ordinairement on interroge en disant *fidejubes*, *fide tua esse jubes ;* et c'est en répondant *fidejubeo*, *fide mea esse jubeo*, que le fidéjusseur s'oblige. Les noms de *sponsor* et de *fidepromissor* correspondent également aux expressions *spondes*, *fide promittis*, employées pour stipuler de l'un ou de l'autre (4).

§ III.

1027. La fidéjussion peut se contracter après l'obligation principale, *obligationem sequi* (5). Sous ce rapport le fidéjusseur

(1) *Gordian. C.* 14. *de fidej.; Valer. et Gall. C.* 7, *de privil. fisc.* — (2) *Gaius*, 4 *inst.* 9 *et* 171; *Paul.* 1 *sent.* 19, § 1. V. 1242. — (3) *Ulp. fr.* 8 ; *Alex. C.* 12, *h. t.* — (4) § 1, *de verb. obl.; Gaius*, 3 *inst.* 116. — (5) *Text. hic; Ulp. fr.* 6, *h. t.*

(*a*) *Gaius*, 3 *inst.* 127. La loi Publilia remonte à l'année 659 de la fondation de Rome, comme la loi Furia.

diffère du mandant ou *mandator*, qui charge Séius de traiter avec Titius, et par exemple de lui prêter une somme d'argent. Il existe alors deux contrats, savoir : entre Séius et moi, un mandat par lequel je le charge de prêter à Titius; entre Séius et Titius, un *mutuum*. Dans cette position je suis garant du prêt que Séius n'a fait qu'à ma considération ; je suis donc tenu pour Titius [1086], en vertu du mandat qui a précédé l'emprunt et conséquemment l'obligation de Titius. C'est ainsi que le mandat garantit souvent une dette future.

La fidéjussion peut aussi précéder l'obligation principale (*et præcedere et sequi*), lorsque tel est le but spécial des parties ([1]) ; le fidéjusseur accède alors à l'obligation future de telle personne envers telle autre ([2]). Il en est autrement dans le cas du constitut qui suppose toujours une dette préexistante [1208].

§§ V et VIII.

1028. Le fidéjusseur, comme le *fidepromissor* et tous ceux qui s'obligent pour autrui, contracte une obligation accessoire qui ne doit pas excéder l'obligation principale. Garant de Titius, je puis devoir pour lui tout ou partie de ce qu'il doit ; si je devais plus, je devrais ce qu'il ne doit pas lui-même, et je ne serais plus son fidéjusseur ([3]). Or, pour savoir si je dois plus ou moins, il faut comparer non seulement les quantités dues par le débiteur et le fidéjusseur, mais aussi le temps où chacun sera tenu de payer ; car mille francs payables dans un an ou dans tout autre délai ne valent pas mille francs payables tout de suite ([4]).

Ainsi le fidéjusseur ne s'oblige pas *in duriorem causam* (*a*), et ne doit jamais être inquiété avant l'époque où le débiteur principal sera lui-même tenu d'exécuter son obligation ([5]) ; aussi lorsque la fidéjussion précède l'obligation principale, l'existence possible et incertaine de celle-ci forme-t-elle une condition tacite qui suspend l'obligation du fidéjusseur ([6]).

([1]) *Pap. fr.* 50, *de pecul.* — ([2]) *Ulp. fr.* 6, § 2, *de fidej.* — ([3]) § 5, *h. t.; Gaius*, 3 *inst.* 126. — ([4]) § 3, *h. t.*; § 33, *de action.*; *Ulp. fr.* 12, § 1, *de verb. obl.* — ([5]) *Pap. fr.* 49, § 2 ; *Scævol. fr.* 37, *h. t.* — ([6]) *Pap. d. fr.* 49, § 2, *h. t.*; *Javol. fr.* 35, *de judic.*

(*a*) *Ulp. fr.* 8, §§ 7, 8 *et* 9, *h. t.* La fidéjussion qui excède l'obligation principale sera-t-elle nulle pour le tout ou seulement pour l'excédant? Gaïus (*fr.* 70, *eod.*) se prononce pour ce dernier parti, et Ulpien (*d. fr.* 8, §§ 7 *et* 9) pour la nullité absolue. Voyez cependant le même Ulpien (*fr.* 11, § 1, *de pec. const.*).

1029. Le fidéjusseur qui ne s'engage pas *in duriorem causam*, ne s'engage pas non plus *in aliam obligationem*, en ce sens que son obligation et celle du débiteur principal ne peuvent pas avoir chacune un but ou objet différent ([1]). Du reste, rien n'empêche le fidéjusseur de s'obliger par des liens plus forts et plus étroits que ceux du débiteur principal; c'est ainsi, en effet, que l'obligation civile résultant de la fidéjussion accède à une obligation purement naturelle [1019].

Appliquez au § 8 ce qu'on a dit précédemment [1017].

([1]) *Ulp. d. fr.* 8, § 8, *de fidej.*

TITULUS XXI.

DE LITERARUM OBLIGATIONE.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.

* Multum autem tempus in hac * exceptione antea quidem ex prin- * cipalibus constitutionibus usque * ad quinquennium procedebat. * Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

TITRE XXI.

DE L'OBLIGATION PAR ÉCRIT.

Autrefois on contractait par écrit une obligation qui se formait, comme on disait alors, par des noms, qui aujourd'hui ne sont plus en usage. Toutefois, si quelqu'un s'est reconnu par écrit débiteur d'une somme qu'on ne lui a point comptée, il ne pourra plus, après un long espace de temps, exciper du défaut de numération : c'est un point fréquemment décidé par les constitutions. Il en résulte que, ne pouvant plus opposer cette exception, il se trouve obligé par l'écrit qui, à défaut d'obligation verbale, produit la condiction.

Le long espace de temps fixé pour cette exception par les constitutions impériales s'étendait à cinq années; mais pour que les créanciers ne restent pas trop longtemps exposés à perdre un argent qui peut leur être dû, notre constitution restreignant le délai, a décidé que l'exception ne durera pas plus de deux ans.

EXPLICATION.

1030. Justinien passe à une troisième classe de contrats où l'écriture intervient, non plus uniquement pour constater l'existence de l'obligation, mais pour former le contrat même. Nous devons donc éviter de confondre l'écriture, considérée comme élément essentiel de l'obligation qu'elle complète, avec l'écriture qui ne forme pas l'obligation, mais dont le témoignage constate une obligation déjà formée.

Nous avons appelé *verborum obligatio* l'obligation qui se contracte *verbis*, par des paroles dont la prononciation solennise le consentement des parties ; pareillement, lorsqu'à leurs volontés respectives se joint une écriture qui rend le consentement obligatoire, le contrat se forme *scriptura* ou *literis* [1], et l'obligation qui en résulte se nomme *literarum obligatio*.

Elle se contractait à Rome *nominibus*, c'est-à-dire par certaines écritures inusitées à Constantinople au temps de Justinien, et dont nous parlerons plus loin [1119]. L'empereur donne ici un autre exemple d'obligation littérale qui subsiste encore sous son règne (*hodie*).

1031. On suppose un écrit dont l'auteur, sans expliquer l'origine de la dette, reconnaît devoir (*debere se scripserit*) une valeur qui ne lui a pas été fournie (*quod sibi numeratum non est*), et qui n'a pas été non plus stipulée (*cessante scilicet verborum obligatione*). Dans ce cas, l'obligation et la condition naissent de l'écriture, comme elles naîtraient de la stipulation, en sorte que la première semble tenir lieu de la seconde ; et tel est probablement le sens de notre texte, puisqu'en accordant l'exception *non numeratæ pecuniæ*, il met le débiteur dans la même position où le placerait, en cas de stipulation, la promesse de payer ce qu'il n'a pas reçu [1326].

En effet, les PEREGRINI s'obligeaient autrefois sans stipulation par des *chirographa* et des *syngrapha*, en écrivant « je dois » ou « je donnerai » *debere se* ou *daturum se* [2]. Notre texte, comparé à celui de Gaïus, offre une ressemblance partielle, mais assez exacte pour indiquer que ce contrat, grec d'origine, s'est maintenu dans les provinces d'Orient jusqu'au temps de Justinien.

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 128. — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 134.

L'écrit dont il s'agit ici n'a donc rien de commun avec les billets où se trouve souvent consignée la reconnaissance d'un *mutuum* reçu. Un semblable billet, comme les *arcaria nomina* dont parle Gaïus ([1]), ne sert qu'à prouver l'existence d'une obligation, sans jamais la créer : *nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere.*

Nous reviendrons plus tard [1327] sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* et sur le *multum tempus* que Justinien réduit de cinq années à deux.

([1]) *Gaius*, 3 *inst.* 131.

TITULUS XXII.

DE CONSENSU OBLIGATIONE.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque præsentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit, eos qui negotia gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

TITRE XXII.

DES OBLIGATIONS CONSENSUELLES.

Les obligations se forment par le consentement dans les ventes, louages, sociétés et mandats. Dans ces différents cas, on dit que l'obligation se contracte par le consentement, parce qu'on n'exige ni l'écriture ni la présence des parties. L'obligation se forme même sans aucune dation ; le consentement des contractants suffit. Aussi, les engagements de ce genre se contractent-ils même entre absents, soit par lettres, soit par intermédiaire. Pareillement, dans ces contrats, les parties prennent l'une envers l'autre des engagements qui s'apprécient d'après l'équité ; tandis qu'au contraire, dans les obligations verbales, l'un des contractants stipule, et l'autre promet.

EXPLICATION.

1032. Ici se présente une quatrième classe de contrats qu'on nomme consensuels, parce que le consentement qui constitue la convention suffit pour la rendre obligatoire (*sufficit eos qui negotia gerunt, consentire*). Dans ce cas, la convention forme par elle-même un contrat ([1]), et produit une action sans qu'il intervienne aucune écriture (*neque scriptura*), aucune dation (*nec dari quidquam*), ni même aucune stipulation. Aussi les contractants ne sont-ils pas, comme pour l'obligation verbale, dans la nécessité de se trouver en présence (*neque præsentia*) : l'éloignement ne les empêche pas de correspondre par lettres missives, ou par tout autre moyen, *veluti per nuntium*, et de former, en s'accordant, une convention obligatoire, un contrat, que l'on nomme vente (*emptio venditio*), louage (*locatio conductio*), société ou mandat ([2]). De là quatre contrats consensuels, à chacun desquels Justinien consacre un titre spécial.

1033. Dans les autres cas, la convention seule ne forme point un contrat, mais un pacte, et le simple pacte, *nuda pactio* ([3]), sans être dépourvu de tout effet, reste incapable de produire aucune action, ni par conséquent aucune obligation proprement dite ([4]).

Cependant cette règle admet plusieurs exceptions successivement introduites par le droit honoraire, et même par le droit civil. C'est ainsi qu'en vertu des constitutions d'Antonin et de Constantin ([5]), généralisées par Justinien ([6]), nous avons vu le donateur assimilé au vendeur, soumis comme lui à une action, et placé, par le simple consentement, dans la nécessité d'exécuter une libéralité convenue [485]. Sous Théodose ([7]), la constitution de dot est pareillement affranchie des solennités de la stipulation; longtemps auparavant, on avait même distingué certains emprunts où les intérêts se fixent par le simple consentement (*a*). Dans ces différents cas, la convention a toute

([1]) *Ulp. fr.* 7, *pr. et* § 1, *de pact.* — ([2]) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 135 *et* 136; *fr.* 2, *pr. et* §§ 1 *et* 2, *de obl. et act.* — ([3]) *Ulp. fr.* 7, § 4, *de pact.* — ([4]) *Ulp. d. fr.* 7, § 4, *de pact.* — ([5]) *C.* 4 *et* 5, *C. Th., de donat.* — ([6]) *C.* 35, § 5, *eod.* — ([7]) *C.* 6, *de dot. promiss.*

(*a*) Le *mutuum*, qui se forme par une dation, oblige à rendre tout ce qu'on a reçu,

la force d'un contrat sans en prendre le titre, et conserve la dénomination de pacte : on appelle pactes légitimes les conventions qui ont obtenu du droit civil la force obligatoire qu'elles n'avaient pas originairement, et pactes prétoriens celles à qui la même force a été donnée par le droit honoraire [1207, 1216] ; mais revenons aux contrats proprement dits, et spécialement aux contrats consensuels.

1034. Notre texte signale une nouvelle différence qui les distingue des contrats verbaux. Dans ces derniers, il y a stipulation ou interrogation d'une part (*alius stipuletur*), et promesse ou réponse de l'autre (*alius promittat*). Les deux volontés concourent pour obliger le répondant envers le stipulant, mais sans réciprocité : en un mot, le contrat est simple ou unilatéral ; l'obligation existe tout entière d'un seul côté, comme dans le *mutuum*. Ici, au contraire, le contrat produit deux obligations réciproques (*alter alteri obligatur*). Ainsi, nos quatre contrats consensuels sont synallagmatiques ou bilatéraux, et, par suite, l'obligation de chaque partie envers l'autre s'apprécie *ex bono et æquo* (1) ; ce qui revient à dire que les actions résultant des quatre contrats consensuels sont de bonne foi, comme les actions résultant des autres contrats bilatéraux, tels que le commodat, le dépôt et le gage [954], tandis que la condiction, soit qu'elle résulte d'un *mutuum*, d'une stipulation ou de toute autre, est toujours de droit strict.

(1) *Text. hic ; Gaius*, 3 *inst.* 137.

---

mais rien de plus (V. *Paul. fr.* 17, *de pact.; Ulp. fr.* 11, § 1, *de reb. cred.*). Si je m'astreins à payer ce que je n'ai pas reçu ou plus que je n'ai reçu, par exemple un intérêt quelconque, la convention passe les bornes d'un contrat réel, et pour la rendre obligatoire il faut la solenniser par une stipulation (*Ant. C.* 2, *de non numer.; C.* 1, *de usur.*; *Sever. et Anton. C.* 3, *eod.*); mais la simple convention suffit dans plusieurs cas exceptionnels (V. *Paul. fr.* 7, *de nautic. fœn.; Scæv. fr.* 5, § 1, *eod.; Justin. nov.* 134, *cap.* 4), notamment lorsqu'on emprunte des grains, tels que le froment et l'orge (*Alex. C.* 12, *de usur.*) ou les deniers appartenant à une cité (*Paul. fr.* 30, *eod.*).

TITULUS XXIII.	TITRE XXIII.
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.	DE LA VENTE.
Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio	La vente est contractée dès que l'on est convenu d'un prix,

bien qu'il ne soit pas encore payé, et qu'on n'ait pas même donné d'arrhes, car ce qu'on donne à titre d'arrhes prouve que la vente a été contractée.

convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit : nam quod arræ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractæ.

Toutefois cela s'applique aux ventes qui se font sans écrit, ventes à l'égard desquelles nous n'avons rien innové. Quant à celles qui se font par écrit, nous avons décidé qu'elles ne seront parfaites que lorsque l'acte de vente aura été écrit de la propre main des contractants, ou écrit par un tiers et signé par eux, ou même si l'acte est reçu par des tabellions, lorsqu'il aura été complétement achevé et revêtu de toutes ses formes ; car, tant qu'il y manquera quelque chose, on sera libre de se dédire, et l'acheteur ou le vendeur pourront se départir impunément de la vente. Toutefois, si nous leur permettons de se départir impunément, c'est lorsqu'on n'a point donné d'arrhes ; car, dans le cas contraire, soit que la vente ait eu lieu par écrit ou sans écrit, l'acheteur ne pourra refuser d'accomplir le contrat sans perdre ce qu'il a donné, et le vendeur sans restituer au double ce qu'il a reçu, et cela indépendamment de toute convention faite sur les arrhes.

Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum : hoc etenim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arris nihil expressum est.

1. Il faut constituer un prix; car aucune vente ne peut exister sans prix. De plus, le prix doit être déterminé. C'était du reste un point vivement controversé chez les anciens, que de savoir s'il y a vente dans le cas où l'on convient de vendre une chose pour le prix que Titius arbitrera.

1. Pretium autem constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet : alioquin si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non.

Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio QUANTI ILLE ÆSTIMAVERIT, sub hac conditione staret contractus : ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium persolvatur et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus, cum in venditionibus placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

Nous avons décidé que, dans toute vente faite « pour le prix qu'un tel estimera », le contrat existe sous cette condition, que si la personne désignée fixe un prix, son estimation sera une règle absolue, tant pour le paiement du prix que pour la tradition de la chose; la vente produira son effet, et l'acheteur agira par l'action d'achat, le vendeur par l'action de vente. Si, au contraire, la personne désignée ne veut ou ne peut fixer le prix, la vente sera nulle comme étant faite sans prix. Cette décision, que nous avons admise pour la vente, doit, avec raison, s'appliquer au louage.

2. Item pretium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. Unde illud est quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis :

2. Le prix doit consister en argent monnayé. En effet, on a fortement controversé la question de savoir si le prix peut consister en d'autres objets, par exemple, si un esclave, un fonds, un vêtement peut former le prix d'un autre objet. Suivant Sabinus et Cassius, le prix peut consister dans un objet quelconque, et c'est en ce sens qu'on s'exprime communément lorsqu'on dit que l'échange est une vente, et une vente très ancienne. Ils citaient le témoignage d'Homère, d'après lequel une partie de l'armée grecque se serait procuré du vin en échange de certaines choses. Voici les vers :

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Pour acheter les vins, tous les Grecs à l'instant
Livrent avec l'airain le fer étincelant,
La dépouille des bœufs, leurs troupeaux, leurs esclaves.

Les sectateurs de l'école opposée, embrassant l'opinion contraire, considéraient la vente et l'échange comme deux contrats différents. Autrement, disaient-ils, on ne pourrait pas, dans un échange, distinguer la chose vendue de celle qui forme prix, et cependant la raison ne permet pas de les considérer toutes deux comme formant à la fois l'objet et le prix de la vente. L'échange, disait Proculus, est un contrat particulier, distinct de la vente, et son avis a prévalu avec raison; car il invoquait aussi d'autres vers d'Homère, et se fondait sur des arguments plus solides. Cette opinion, que les princes antérieurs avaient pareillement admise, se trouve développée dans notre Digeste.

Diversæ scolæ auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem et venditionem : alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res vænisse; et quæ pretii nomine datam esse; nam utramque videri et vænisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractûs a venditione separatam, merito prævaluit; cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris Digestis latius significatur.

3. Dès que la vente est contractée (c'est-à-dire, lorsque l'affaire se traite sans écrit, dès que le prix a été convenu), la chose passe immédiatement aux risques de l'acheteur, quoiqu'on ne la lui ait pas encore livrée. Ainsi lorsque l'esclave périt, lorsqu'il est mutilé dans quelque partie du corps, lorsque la maison est consumée en tout ou en partie, lorsque le fonds est enlevé en tout ou en partie par la violence d'un fleuve, lorsqu'il est considérablement diminué ou détérioré par une inondation, ou par une tem-

3. Cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione

aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere : quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui væniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit : sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus : utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriæ actione.

4. Emptio tam sub conditione quam pure contrahi potest : sub conditione, veluti, SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS AUREIS TOT.

5. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens

pête qui renverse les arbres, la perte tombe sur l'acheteur; et quoiqu'il ne reçoive pas la chose, il est obligé d'en payer le prix. En effet, tout ce qui arrive sans aucun dol et sans aucune faute du vendeur reste indifférent à ce dernier. Mais aussi, lorsqu'après la vente, le fonds s'accroît par alluvion, c'est l'acheteur qui en profite; car quiconque supporte les risques doit avoir les avantages. Lorsque les esclaves vendus prennent la fuite ou sont volés, sans qu'il y ait ni dol ni faute du vendeur, il faut examiner si ce dernier s'était chargé de les garder jusqu'à la tradition. Dans ce cas l'événement est à ses risques; dans le cas contraire, il n'est point responsable. Il en est de même pour les animaux et pour tout autre objet : toutefois le vendeur devra céder à l'acheteur la revendication, et la condiction; car celui qui n'a pas livré la chose en est encore propriétaire. Il en est de même pour l'action de vol et pour l'action du dommage causé à tort.

4. On peut contracter la vente ou conditionnellement ou purement : conditionnellement, par exemple : « Si Stichus vous convient d'ici à telle époque, il vous » sera vendu tant. »

5. Celui qui achète sciemment un terrain sacré, religieux ou public, comme une place ou une

basilique, achète inutilement. Cependant si, trompé par le vendeur, il a cru acheter une chose profane ou privée, comme on ne la lui fait pas avoir, il agira par l'action d'achat jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il avait à n'être point trompé. Il en est de même à l'égard d'une personne libre qu'on achèterait comme esclave.

emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

EXPLICATION.

1035. Le commerce a commencé par des échanges dont bientôt on a compris l'insuffisance. En effet, la chose que j'offre d'échanger contre la vôtre peut ne pas vous convenir ; elle conviendrait peut-être à Titius, mais celui-ci n'a pas ce que je désire : de là des difficultés sans nombre, résultant de l'importance relative que chacun attribue à certaines choses qui sont pour lui plus ou moins précieuses que pour tel ou tel autre. On s'accorde rarement sur la valeur d'un seul objet, plus rarement encore sur la valeur comparative de deux choses différentes. Pour éviter cette comparaison et les difficultés qui en résulte, on a besoin d'une matière qui, représentant pour tous une valeur absolue, puisse toujours convenir à chacun. Cette matière existe dans la monnaie frappée au coin de l'autorité publique. Rien de plus fréquent que son usage : il n'est personne qui chaque jour ne donne ou ne s'engage à donner une somme quelconque pour obtenir des denrées, un fonds de terre, une maison ; et alors ce n'est plus, à proprement parler, un échange qui se forme de part et d'autre. Il existe achat d'une part et vente de l'autre (*emptio venditio*) : on distingue la marchandise et le prix, le vendeur et l'acheteur. Le premier s'engage à fournir la marchandise ou la chose qu'il vend et que le second achète ; celui-ci s'engage à en payer le prix [1].

[1] *Paul. fr. 1, de contrah. empt.*

PR.

1036. Ces engagements respectifs résultent d'un contrat que les Romains nomment *emptio venditio* et que nous désignons en français par le seul mot de *vente*.

Une chose est vendue dès que le prix est convenu entre les parties. C'est leur consentement exprès ou tacite qui fait la vente [1], quoique le prix ne soit pas encore payé [2], ni la chose livrée, car le contrat sert précisément à lier les contractants de telle façon que l'un ne puisse plus s'en départir malgré l'autre, ni se soustraire à la nécessité soit de livrer la chose, soit de payer le prix. En effet, le vendeur aura une action dite *venditi* ou *ex vendito* contre l'acheteur, et celui-ci aura contre le vendeur une autre action dite *empti* ou *ex empto* [3].

Justinien ajoute d'après Gaïus [4], qu'à défaut d'arrhes il en sera encore de même, parce que les arrhes (*a*), n'étant pas nécessaires à la formation de la vente, ne sont qu'un signe ou une preuve de son existence (*argumentum emptionis venditionis contractæ*) ; et comme le contrat, dès qu'il est formé, ne se dissout pas sans un mutuel dissentiment [1121], il en résulte que l'une des parties ne peut pas, même en sacrifiant les arrhes ou leur valeur, revenir sur le contrat qu'elle avait consenti.

1037. Justinien modifie ces principes en distinguant deux manières de contracter la vente : en effet, on achète souvent, sans rédiger aucun écrit, une foule d'objets qui sont exposés dans les marchés, dans les boutiques, etc. Souvent aussi le contrat s'applique à des objets plus importants, et alors pour qu'il ne reste ou ne s'élève dans la suite aucun doute, soit sur l'existence du contrat, soit sur l'étendue des obligations qui en résultent, on constate la convention par écrit. Justinien conserve l'ancien droit pour toute vente où les parties n'ont point voulu recourir à l'écriture ; dans ce cas, point d'innovation (*nihil a nobis innovatum*). Au contraire, lorsque les contractants, tout en convenant du prix, ont eu l'intention de rédiger plus tard

(1) *Text. hic ;* § 3, *h. t.; Scævol. fr.* 12, *de evict.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 25, § 1, *de contrah. empt.* — (3) § 1, *h. t.; Ulp. fr.* 11 ; *fr.* 13, § 19, *de act. empt.* — (4) 3 *inst.* 139 ; *fr.* 35, *de contrah. empt.*

(*a*) Par exemple, un anneau que l'acheteur remet au vendeur pour le reprendre après avoir payé la totalité du prix (V. *Ulp. fr.* 11, § 6, *de act. empt.*).

un écrit, la simple convention ne suffit plus : la vente n'existe qu'après que l'acte a été dressé avec toutes les formalités requises. Jusque-là chaque partie peut se dédire impunément, *sine pœna* (1).

Toutefois, modifiant aussitôt ce dernier point, l'empereur ajoute que s'il a été donné des arrhes, l'acheteur qui les a remises ou le vendeur qui les a reçues, ne se dédiront pas impunément : le premier perdra les arrhes qu'il a données, le second rendra le double de ce qu'il a reçu. Cette décision ne souffre aucune difficulté lorsqu'on l'applique aux ventes qui doivent être écrites, et ce sont en effet les seules dont Justinien paraît d'abord s'occuper, puisqu'il a déclaré ne vouloir rien innover pour les ventes non écrites ; mais en réalité ce que Justinien décide relativement aux arrhes, s'applique à toutes les ventes indistinctement : à cet égard, son texte est si formel qu'on a cru ne pouvoir pas l'expliquer tel qu'il est (a).

En effet, ce texte établit, relativement aux arrhes, deux règles différentes. Les arrhes sont d'abord *argumentum emptionis et venditionis contractæ*, et ce caractère leur est conservé du moins pour les ventes *quæ sine scriptura consistunt ;* mais plus loin, les arrhes prennent, dans toutes les ventes sans distinction, le caractère d'un dédit. Sans chercher à concilier ces deux règles, je tâcherai d'expliquer la première d'après le droit romain, la seconde d'après la constitution de Justinien.

Les premières lignes de notre texte sont copiées dans Gaïus (2). Nous y trouvons une proposition principale, savoir, que la vente est parfaite par le seul consentement ; puis, relativement aux arrhes, une proposition incidente qui précise leur caractère : les arrhes sont *argumentum emptionis et venditionis contractæ*. Immédiatement après, Justinien expose sa propre législation sur la formation du contrat et sur les arrhes. La distinction qu'il établit entre les ventes écrites ou non écrites maintient, pour ces dernières, la proposition principale de Gaïus ; maintient-il également la proposition incidente ? L'empereur, qui déclare ne rien innover pour les ventes non écrites, s'oc-

(1) *Text. hic.* V. C. 17, *de fide instrum.* — (2) 3 *inst.* 139.

(a) Le texte porte : *Sive in scriptis, sive sine scriptis venditio* CELEBRATA *est.* Vinnius et Pothier (*Vente*, n° 508) l'interprètent comme s'il y avait *celebrari cœpta est ;* et ils expliquent ADIMPLERE *contractum*, dans le sens de *perficere*.

çupe-t-il alors des arrhes? leur conserve-t-il pour un cas quelconque leur caractère primitif? Non, Justinien ne s'occupe réellement des arrhes que dans les dernières lignes, soit de notre texte, soit de sa constitution, et alors il ne distingue plus. Les arrhes, qui primitivement indiquaient toujours un contrat formé, auront toujours, dans la nouvelle législation, le caractère d'un dédit.

Ainsi, lorsque la vente devra être rédigée par écrit, les arrhes fortifieront la convention en imposant une peine à celle des deux parties qui refusera de parfaire le contrat; tandis que, dans les ventes non écrites, les arrhes permettront de revenir sur un contrat qui, sans elles, serait irrévocable, comme il l'était auparavant. En effet, la proposition principale de Gaïus, conservée dans les premières lignes de notre texte, suppose une convention pure et simple, un vendeur qui ne reçoit ni argent ni arrhes; et telle est l'hypothèse sur laquelle Justinien établit sa distinction, sans s'arrêter à la proposition incidente (*nam quod arrœ*, etc.) qui bientôt après se trouve totalement contredite par sa constitution.

§ I.

1038. Il n'y a point de vente sans prix, et le prix doit être certain (*certum esse debet*), en ce sens que la convention ne serait pas obligatoire si l'une des parties restait libre de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir; par exemple, si le vendeur s'en remettait à la discrétion de l'acheteur et à l'évaluation qu'il fera lui-même de la chose [1]. De là, question de savoir si cette évaluation peut être confiée à l'arbitrage d'une tierce personne : Justinien, adoptant l'opinion des Proculéiens [2], reconnaît dans cette convention une vente conditionnelle subordonnée à la fixation du prix par la personne désignée.

§ II.

1039. Le prix doit consister en argent monnayé; autrement, si l'on donnait une chose pour une autre, il n'y aurait pas vente, mais échange. Ce point avait été décidé longtemps avant Justinien [3].

[1] *Gaius, fr.* 35, § 1, *de contrah. empt.* — [2] *Gaius,* 3 *inst.* 140. — [3] *Diocl. e Max. C.* 7, *de rer. permut.*

Dans les longues discussions qui se sont élevées sur ce point [1], on s'accordait sur la nécessité d'un prix, sans lequel aucune vente ne peut exister ; mais, suivant les Sabiniens, le prix d'une chose peut se trouver dans une autre chose quelconque. Ce système confond le prix de la vente avec la chose vendue, et ne permet pas de savoir quel est l'acheteur ou quel est le vendeur : il importe cependant de distinguer l'un de l'autre, parce que leurs obligations respectives ne sont pas de même nature. L'acheteur ne se libère du prix que par une dation qui rend le vendeur propriétaire de ce qu'on lui paie ; mais ce dernier n'est pas précisément obligé de transférer la propriété de la chose vendue (*a*). Il doit la livrer à l'acheteur, lorsque celui-ci paie le prix [2], et alors, si le vendeur est propriétaire, la tradition transfère la propriété ; dans le cas contraire, il est simplement tenu de garantir l'acheteur contre toute éviction [3], car il faut que celui-ci puisse avoir la chose vendue, *ut* HABERE *liceat* [4], c'est-à-dire la posséder sans trouble, *sine interpellatione* [5]. Autrement la possession serait considérée comme n'ayant pas été livrée [6], et alors l'acheteur agirait *ex empto* pour obtenir *id quod interest* [7].

1040. La distinction que nous venons de faire entre les obligations de l'acheteur et celles du vendeur n'existe pas entre deux copermutants. Celui qui transporte une propriété veut acquérir en échange une propriété nouvelle : la dation qui s'opère d'un côté attend de l'autre une dation réciproque. D'ailleurs l'échange ne se contracte pas comme la vente par le seul consentement : lorsque deux personnes conviennent d'échanger réciproquement divers objets, leur convention n'est qu'un pacte non obligatoire. Je forme le contrat d'échange en transférant la propriété de ma chose [8], comme dans le MUTUUM [944] ; et alors si le contrat n'est pas exécuté envers moi, je puis agir contre celui à qui j'ai cédé ma chose en exerçant à mon choix,

(1) *Text. hic; Paul. fr.* 1, § 1, *de contrah. empt.* — (2) *Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.* — (4) *Afric. fr.* 30, § 1, *de act. empt.* — (5) *Pomp. fr.* 188, *de verb. signif.* — (6) *Pomp. fr.* 3, *de act. empt.* — (7) *Paul. fr.* 70, *de evict.* — (8) *Paul. fr.* 1, *pr.*, §§ 2 *et* 3, *de rer. permut.*

(*a*) *Ulp. fr.* 25, § 1, *de contrah. empt.* Ainsi l'acheteur n'a pas l'action *ex empto* par cela seul que la chose vendue n'appartenait pas au vendeur. Cependant celui qui vend sciemment *rem alienam*, sans avertir l'acheteur, commet un dol, et, dans ce cas, l'acheteur peut, quoiqu'il ne soit pas évincé, agir *in id quanti sua interest* (*Afric. fr.* 30, § 1, *de act. empt.*).

ou l'action *præscriptis verbis* pour obtenir *quanti mea interest*, c'est-à-dire l'équivalent des avantages que m'aurait procurés l'exécution du contrat ([1]), ou la condiction pour répéter la propriété que j'ai transférée *ob rem* ([2]), dans un but qui ne se trouve pas rempli [1059, 1103]. Le contrat de vente, au contraire, n'autorise point cette répétition ([3]).

Il existe donc entre l'échange et la vente d'importantes différences, et pour caractériser la vente il importe de distinguer la chose que le vendeur s'oblige à livrer, et le prix que l'acheteur devra payer. C'est pour mieux reconnaître ce prix qu'on le fait consister en une valeur numérique ; et cependant, si je donne une somme d'argent, non pas simplement pour qu'on me fasse avoir un objet convenu, mais pour qu'on m'en rende propriétaire, dans ce cas le contrat n'est pas une vente (*a*). Réciproquement, si j'avais mis en vente un fonds de terre, l'intention de vendre n'étant pas douteuse, je ne cesserais pas, en acceptant pour prix un autre objet, par exemple un esclave, d'être considéré comme vendeur; le contrat aurait dans ce cas tous les effets d'une vente et non d'un échange ([4]).

§ III.

1041. Notre texte, en rappelant ici la distinction des ventes écrites ou non écrites, consacre sur les effets dont le contrat est susceptible, deux principes importants.

Le vendeur, tant qu'il n'a pas livré la chose vendue, en demeure propriétaire (*adhuc ipse dominus est*) ; car, indépendamment des satisfactions que l'acheteur doit donner relativement au prix [391], c'est par la possession qu'il doit arriver à la propriété [389].

Toutefois le contrat existe, et, dans l'intervalle de la vente à la tradition, l'objet qui n'appartient pas encore à l'acheteur est néanmoins à ses risques, *periculum statim ad emptorem pertinet.* Tout ce qui arrive sans qu'il y ait dol ou faute du vendeur retombe sur l'acheteur (*emptoris damnum est*). C'est lui qui

([1]) *Paul. fr.* 5, § 1, *de præscript. verb.* — ([2]) *Ulp. fr.* 1, *de condict. caus. dat.* — ([3]) *Diocl. et Max. C.* 8, *de contrah. empt.* V. *C.* 1, *de rer. permut.* — ([4]) *Gaius*, 3 *inst.* 141 ; *Gordian. C.* 1, *de rer. permut.*

(*a*) *Cels. fr.* 16. *de condict. caus. dat.* Voyez cependant Paul (*fr.* 5, § 1, *de præscript. verb.*).

souffre des détériorations que la chose éprouve : réciproquement, c'est à lui que profitent les alluvions et autres accroissements semblables. Enfin, la chose qui vient à périr, périt pour lui ; il en supporte la perte, et quoiqu'il n'ait rien reçu (*licet rem non fuerit nactus*), il n'en reste pas moins débiteur du prix (*necesse est pretium solvere*).

1042. Cette décision, quoique formelle, a été combattue par différents arguments. Cujas n'a jamais nié que la chose ne fût aux risques de l'acheteur et ne dût périr pour lui, en ce sens qu'il perd alors tous les avantages résultant du contrat, sans pouvoir ni se plaindre du défaut de tradition, ni demander aucuns dommages-intérêts ; mais, quant au prix, Cujas ne pensait pas que l'acheteur, privé de la chose, fût obligé de la payer. Il reconnaissait dans la décision de notre texte une conséquence exacte, quoique rigoureuse, d'un principe qui, dans l'application, doit, suivant lui, céder à l'équité. Il était conduit à ce résultat par un texte d'Africain [1], qui paraît effectivement contredire le nôtre, mais incidemment et par induction. Ici, au contraire, nous trouvons une décision précise confirmée par beaucoup d'autres [2] et facile à justifier. En effet, l'acheteur profite, à partir du contrat, de tous les avantages que la chose pourra produire, de tous les accroissements dont elle est susceptible, en un mot de toutes les chances favorables Pourquoi donc le déchargerait-on des chances contraires ?

D'un autre côté, les obligations respectives que contractent le vendeur et l'acheteur ne portent pas sur un seul et même objet ; il n'est donc pas étonnant que l'une d'elles s'éteigne ou se perpétue indépendamment de l'autre. Le vendeur doit livrer la chose vendue ; cette chose périssant, la tradition devient impossible : l'obligation du vendeur s'éteint, comme celle qui résulterait d'un legs ou d'une stipulation, lorsque l'objet de l'un ou de l'autre périt sans aucun fait du débiteur [739, 991] ; mais, en sens inverse, la perte de l'objet vendu, en détruisant l'obligation de livrer cet objet, n'influe en rien sur l'obligation de payer le prix, parce que le prix qui consiste dans une quantité ne périt jamais. Il faut donc appliquer à l'acheteur, relativement au prix, ce qu'on a décidé précédemment pour l'emprunteur dans le cas du *mutuum* [945].

(1) *Fr.* 33, *locat. cond.* — (2) *Julian. fr.* 5, § 2, *de rescind. vend.*; *Paul. fr.* 11, *de evict.*; *fr.* 34, § 6, *de contrah. empt.*: *Diocl. et Max. C.* 6, *de peric. et commod.*

Pareillement celui qui achète une quantité ou un genre [949], par exemple cent boisseaux de blé, ne supporte aucun risque jusqu'au moment où cette quantité sera mesurée, et par là même réduite à un corps certain ; au contraire, celui qui achète en masse les cent boisseaux de blé qui se trouvent dans tel magasin, supporte les risques ([1]), parce que l'objet vendu se trouve spécifié ([2]).

1043. On a opposé à la décision de notre texte un argument tiré de cet adage, *res perit domino :* on a prétendu que la chose vendue, continuant d'appartenir au vendeur jusqu'à la tradition au moins, doit jusque-là rester à ses risques. Il faut remarquer à cet égard que la chose stipulée est pareillement aux risques du stipulant [991], qui n'est pas non plus propriétaire ; il est seulement créancier, et par suite la chose est à ses risques. Quant à la règle, *res perit domino*, si elle paraît contredire les principes que nous exposons, c'est lorsqu'on l'interprète mal à propos dans un sens absolu. « Cette maxime reçoit » application lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont » la garde ou l'usage de la chose », par exemple au dépositaire, au commodataire ou au créancier gagiste (*a*) ; « mais, lorsqu'on » oppose le propriétaire débiteur d'une chose au créancier qui » a une action pour se la faire livrer, en ce cas la chose périt » pour le créancier plutôt que pour le propriétaire qui en est » libéré. En effet, chacun perd le droit qu'il a dans une chose » ou par rapport à une chose, lorsqu'elle périt par cas fortuit : » le vendeur, propriétaire, perd son droit de propriété tel qu'il » l'avait... ; l'acheteur, de son côté, perd le droit qu'il avait » par rapport à cette chose, c'est-à-dire le droit de se la faire » livrer. ([3]) »

1044. Depuis la vente jusqu'à la tradition, le vendeur doit garder la chose et veiller à sa conservation ; le soin dont il est tenu à cet égard ne se mesure pas sur celui qu'il donne habi-

([1]) *Gaius, fr.* 35, § 5 ; *Modest. fr.* 62, § 2, *de contrah. empt.* — ([2]) *Paul. fr.* 8, *de peric. et commod.* — ([3]) *Pothier, Vente*, n° 308.

(*a*) La règle *res perit domino* est tirée d'une constitution (*Diocl. et Max. C.* 9, *de pigner. act.*) où il s'agit effectivement de savoir si l'objet donné en gage est aux risques du créancier gagiste, ou aux risques du débiteur qui en a conservé la propriété; mais il faut remarquer que dans ce cas le propriétaire est en même temps créancier, en sorte que la maxime *res perit domino* n'empêche pas l'application du principe posé ci-dessus.

tuellement à ses propres affaires, mais sur l'exactitude et la diligence ordinaire d'un bon père de famille : conséquemment si la chose est volée, si l'esclave ou l'animal vendu prend la fuite, le vendeur, à qui l'on ne reproche ni dol ni faute, ne répond de l'événement qu'autant qu'il s'en serait chargé par une convention spéciale, *custodiam... si susceperit* (1). Toutefois dans le cas même où il n'encourt aucune responsabilité, le vendeur, s'il lui reste un droit ou une action quelconque, ne doit pas en profiter au préjudice de l'acheteur qui paie le prix sans obtenir la chose. Celui-ci peut donc se faire céder la revendication et la condiction (2) que le vendeur aurait encore comme propriétaire [1138], ainsi que les actions *furti* ou *damni injuriæ* qui compéteraient au vendeur, la première contre le voleur [1137], la seconde contre les auteurs de certains dommages prévus par la loi Aquilia [1145].

§ IV.

1045. On vend et l'on achète, ou purement, ou sous condition (3). Dans ce dernier cas, conformément au principe exposé ci-dessus [966], le contrat ne commence à produire son effet qu'après l'événement de la condition (4), et tant que celle-ci n'est point accomplie, la chose n'est pas aux risques de l'acheteur (5).

Nous trouvons ici l'exemple d'une chose vendue à l'essai, c'est-à-dire sous la condition qu'elle conviendra à l'acheteur dans un délai déterminé (*intra certum diem*). De cette manière, et jusqu'à l'expiration du délai, le vendeur est lié conditionnellement, tandis que l'acheteur reste libre de prendre ou de ne pas prendre la chose pour le prix convenu. Il en serait autrement si la même faculté lui était indéfiniment réservée sans fixation de terme; car il n'y a point d'obligation là où aucune nécessité ne nous astreint, et par conséquent point de vente, lorsque l'exécution de la convention dépend absolument soit de l'acheteur, soit du vendeur (6).

1046. On convient quelquefois que la vente sera considérée comme non avenue, si dans un délai déterminé le vendeur

(1) *Text. hic; Gaius, d. fr.* 35, § 4, *de contrah. empt.* — (2) *Text. hic; Gaius, d. fr.* 35, § 4. — (3) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 146 ; *Paul. fr.* 20, *locat. cond.* — (4) *Ulp. fr.* 7, *de contrah. empt.* — (5) *Diocl. et Max. C.* 5, *de peric. et commod.*; *Paul. fr.* 8, *eod.* — (6) *Ulp. d. fr.* 7, *de contrah. empt.*; *Diocl. et Max. C.* 13, *eod.*

trouve une offre plus avantageuse. Cette clause, que l'on nomme ADDICTIO IN DIEM, renferme une condition qui s'applique ordinairement, non au contrat, mais à sa résolution. La vente est pure et simple ; il n'y a de conditionnel et d'incertain que sa résolution : *pura emptio est quæ sub conditione resolvitur* (1).

Lorsque l'acheteur ne paie pas au terme convenu, le vendeur n'en reste pas moins tenu des obligations que lui impose le contrat. A la vérité, il peut ne pas livrer la chose (2), et même après la tradition il conserve encore la propriété [391] ; mais la vente subsiste et le vendeur reste obligé de livrer, dès que l'acheteur, dans un temps quelconque, offre son prix. Pour autoriser le vendeur à rompre le marché, pour lui donner le droit de garder la chose ou de la reprendre, en se dégageant de ses obligations envers l'acheteur, qui n'exécute pas les siennes, il faut convenir que la vente sera considérée comme non avenue si le prix n'est pas acquitté dans tel délai (*a*). Dans ce cas, comme dans le précédent, la vente est pure et simple, mais susceptible d'une résolution conditionnelle (3).

§ V.

1047. La chose qui périt après la vente, périt pour l'acheteur [1041]. Il en est autrement pour les choses qui n'existaient déjà plus au moment du contrat, et pour celles qui périssent avant l'accomplissement de la condition. Dans ces deux cas, il n'y a point d'obligation (4); car la vente, comme la stipulation, n'a pu se former sans objet, *sine re quæ væneat* (5).

1048. Ce qui est hors du commerce, comme un homme libre, les choses sacrées ou religieuses, ne peut être ni légué [698], ni stipulé [989], ni vendu (6) ; et néanmoins la vente admet une distinction que n'admettent pas les obligations verbales. Dans ces dernières, il importe peu que l'objet stipulé n'existe pas ou existe hors du commerce (7), que le stipulant connaisse ou ignore le caractère de l'objet ; la stipulation est toujours inutile (8) : la vente, au contraire, ne reste pas toujours sans

(1) *Ulp. fr.* 2, *de in diem addict.*— (2) *Ulp. fr.* 13, § 8, *de act. empt.* — (3) *Ulp. fr.* 1, *de leg. commiss.* — (4) *Paul. fr.* 15, *de contrah. empt.* — (5) *Pomp. fr.* 8, *eod.* — (6) *Paul. fr.* 34, § 2, *eod.*— (7) *Modest. fr.* 103, *de verb. obl.*— (8) *Gaius, fr.* 1, § 9, *de obl. et act.*

(*a*) *Ant. C.* 1, *de pact. inter vend. et empt.*; *Diocl. et Max. C.* 6, *de action. empt.* Cette convention se nomme LEX COMMISSORIA (V. au Digeste, *liv.* 18, *tit.* 3). Le mot *lex* désigne souvent les clauses d'un contrat (V. § 5, *de locat. cond.*).

effet. A la vérité, celui qui achète sciemment, achète en vain, *frustra sciens emit* [1] ; mais, dans le cas opposé, l'acheteur, quoiqu'il ne puisse pas se faire livrer la chose, puisque sous ce rapport le contrat ne produit pas son effet ordinaire [2], agira *ex empto*, parce qu'on ne lui fait pas avoir ce qu'on lui a vendu (*quod ei habere non liceat*), et obtiendra une condamnation équivalente à l'intérêt qu'il avait à n'être pas trompé [3]. Ici le contrat produit une action ; on peut donc dire qu'il y a vente [4].

En statuant ainsi, notre texte suppose que l'acheteur a été trompé par le vendeur (*deceptus a venditore*) ; et cependant si l'erreur était commune aux deux parties, la décision serait encore la même [5].

Remarquons au surplus qu'une erreur trop grossière ne profite point à l'acheteur [6]. On se trompe aisément sur la qualité des personnes ou des choses ; on distingue difficilement un homme libre d'un esclave [7], un terrain pur ou profane d'un terrain religieux ou sacré, etc. ; mais l'existence de la chose vendue est un fait matériel dont chacun s'assure aisément. Aussi la vente d'un objet qui n'a jamais existé, ou qui n'existe plus, serait-elle absolument nulle, quelle que fût l'opinion des parties ou de l'une d'elles (*a*).

Nul n'achète sa propre chose, si ce n'est sous condition, pour le cas où elle cesserait de lui appartenir [706, 990].

1049. Sauf quelques exceptions [507, etc.; 480], nul n'aliène la chose d'autrui ; mais vendre et aliéner sont deux faits essentiellement distincts. On peut donc vendre la chose d'autrui ; et comme la chose livrée par celui qui n'en est pas propriétaire ne change pas de maître, l'acheteur se trouve exposé à une éviction [8], dont le vendeur reste garant [1039].

(1) *Text. hic ; Pomp. fr.* 6, *de contrah. empt.* — (2) *Modest. fr.* 62, § 1, *eod.* — (3) *Text. hic, in fin.* — (4) *Pomp. fr.* 4, *de contrah. empt.* V. *Licin. Ruf. fr.* 70, *eod.* — (5) *Julian. fr.* 39, § 3, *de evict.* — (6) *Paul. fr.* 15, § 1, *de contrah. empt.* — (7) *Paul. fr.* 5, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 28, *eod.*

(*a*) Paul (*fr.* 57, § 2, *de contrah. empt.*) décide à l'égard d'une maison incendiée, que l'acheteur doit le prix s'il a connu l'incendie. Papinien (*fr.* 58, *eod.*) applique la même distinction à une plantation d'arbres. Noodt regarde ces décisions comme apocryphes (V. *Pothier*, 18 *Pand.* 1, *n°* 4, *not.* i *et* k), ce qui paraît assez vraisemblable. Cujas fait remarquer que, malgré la destruction des bâtiments ou des arbres, le terrain subsiste : il en serait autrement, suivant lui, si l'on vendait une chose dont il ne reste absolument rien.

TITULUS XXIV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit : nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur si merces constituta sit; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

1. Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium promissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

2. Præterea, sicut vulgo quærebatur an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quæri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam

TITRE XXIV.

DU LOUAGE.

Le louage se rapproche beaucoup de la vente, et les mêmes règles lui sont applicables. En effet, comme il y a contrat de vente dès qu'on est convenu du prix, il y a aussi contrat de louage dès qu'on a fixé une rétribution; et le bailleur obtient l'action *locati*, le preneur l'action *conducti*.

1. Ce que nous avons dit ci-dessus, pour le cas où le prix serait laissé à l'arbitrage d'un tiers, s'applique au louage pour le cas où la rétribution serait aussi laissée à un semblable arbitrage. Ainsi, lorsqu'on porte chez le foulon un habit à dégraisser, ou chez le tailleur un habit à raccommoder, sans fixer immédiatement aucun salaire, mais avec intention de payer la somme dont les parties conviendront plus tard, ce contrat n'est pas précisément un louage; mais on donne, dans ce cas, une action *præscriptis verbis*.

2. Et comme c'était une question de savoir si le contrat de vente se forme par l'échange de deux objets, c'était aussi une question de savoir s'il y a contrat de louage, lorsqu'une personne vous remet une chose avec faculté d'en user ou d'en jouir, et reçoit de vous une

autre chose, avec la même faculté. On a décidé que ce n'était pas un louage, mais un contrat particulier. Ainsi deux voisins, qui ont chacun un bœuf, conviennent qu'ils se le prêteront alternativement pendant dix jours pour faire leur ouvrage, et le bœuf de l'un vient à périr chez l'autre. Il n'y aura dans ce cas ni action *locati*, ni action *conducti*, ni action de commodat, puisque le commodat n'a point été gratuit; mais on agira par une action *præscriptis verbis*.

3. La vente et le louage ont tant de conformité entre eux, que, dans plusieurs cas, on doute s'il y a vente ou louage. Tel est le cas des héritages que certaines personnes reçoivent pour en jouir à perpétuité, en ce sens que, tant que la redevance ou le revenu sera payé au propriétaire, l'héritage ne pourra être retiré ni au preneur lui-même, ni à son héritier, ni aux personnes à qui le preneur ou son héritier l'aurait vendu, donné, constitué en dot, ou transmis par tout autre mode d'aliénation.

Mais comme les anciens n'étaient pas d'accord sur la nature de ce contrat, qu'ils regardaient, les uns comme un louage, les autres comme une vente, une loi de Zénon a fait de l'emphytéose un contrat particulier, distinct du louage comme de la vente, et dont l'effet se

rem utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus : veluti si, cum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, placuerit inter eos ut per denos dies invicem boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati neque conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est.

3. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio ut in quibusdam causis quæri soleat utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio : ut ecce de prædiis quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat.

* Sed talis contractus quia inter
* veteres dubitabatur, et a quibus-
* dam locatio, a quibusdam venditio
* existimabatur, lex Zenoniana lata
* est, quæ emphyteuseos contractus
* propriam statuit naturam, neque
* ad locationem, neque ad venditio-

* nem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere ac si natura talis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur.*

règle d'après les clauses du contrat même. Les conventions qui auraient été faites, seront observées comme si elles dérivaient de la nature du contrat, et à défaut de convention sur les risques de la chose, la perte totale sera supportée par le propriétaire, la perte partielle par l'emphytéote. Tel est le droit que nous observons.

4. Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ anulos ei faceret, et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio videatur contrahi? Cassius ait, materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem; sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.

4. Pareillement, si Titius convient avec un orfèvre que ce dernier lui fera, en fournissant le métal, des anneaux d'une forme et d'un poids déterminés, et recevra un certain prix, on demande s'il y a vente ou louage? Cassius dit qu'il y a vente de la matière et louage de la main-d'œuvre; mais on a décidé qu'il existe seulement une vente. Si l'on convient que Titius fournira le métal, en fixant un salaire pour la main-d'œuvre, il y a louage sans aucun doute.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus exhibet: quam si præstiterit et aliquo casu eam rem

5. Le preneur doit faire tout ce que portent les clauses du contrat, et se conformer, pour ce qui n'aurait pas été prévu, aux règles de l'équité. Ceux qui reçoivent des habits, de l'argenterie ou une bête de somme, pour s'en servir moyennant une rétribution payée ou convenue, sont tenus de tous les soins que le père de famille le plus attentif met à sa propre chose; mais lorsque, malgré ce soin, la chose périt par accident,

ils ne sont point tenus de la restituer.

6. Si le preneur décède pendant la durée du bail, son héritier succède à sa location, avec les mêmes droits.

amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.

EXPLICATION.

1050. On appelle commodat le contrat par lequel une personne reçoit une chose pour s'en servir gratuitement ; si l'usage n'est pas gratuit, il se forme un contrat de louage (1), du moins lorsque les parties fixent une rétribution pécuniaire. Dans ce cas, on loue l'usage de la chose, *locatus tibi usus rei videtur* (2); on pourrait aussi en louer la jouissance, en fixant une somme à payer pour la perception des fruits. C'est ainsi que le colon ou fermier paie pour jouir d'un terrain.

Le dépôt doit être gratuit comme le commodat. Il en est de même du mandat, par lequel on se charge pour autrui d'une commission, d'une opération quelconque ; mais si les parties fixent une rétribution, elles changent par cela même la nature du contrat. Au lieu d'un dépôt ou d'un mandat, il existe un louage (3), qui a pour objet les soins, le travail et l'industrie salariée d'une personne, *operæ locationem* (4).

PR.

1051. Le commodat, le dépôt et le mandat ont, comme contrats gratuits, un caractère commun qui les distingue tous du louage ; mais les deux premiers s'en distinguent en outre par la manière dont ils se forment ; car le commodat et le dépôt sont des contrats réels qui n'existent que par la tradition de la chose, tandis que le louage est purement consensuel (5).

Sous ce rapport, le louage se rapproche du mandat et principalement de la vente : il se forme comme elle par le seul consentement, dès que les parties ont fixé la somme que l'une

(1) § 2, *h. t.* — (2) § 2, *in fin., quib. mod. re contrah.* — (3) § 13, *de mandat.* — (4) § 4, *h. t.* V. 1081. — (5) *Paul. fr.* 1, *locat. cond.*

d'elles devra payer à l'autre (1). Cette somme s'appelle dans la vente *pretium* (prix), dans le louage *merces* (*a*). Du reste, tout ce qu'on a décidé précédemment sur le prix de la vente, sur sa fixation en argent monnayé par les contractants eux-mêmes ou par un arbitre qu'ils choisissent [1038, 1039], s'applique exactement au *merces* du louage (2).

On applique également au louage, comme à la donation et à l'échange, les distinctions introduites par Justinien sur les ventes écrites ou non écrites [1037].

1052. Le louage produit comme la vente deux actions, savoir : l'action *locati* ou *ex locato* qui appartient au LOCATOR, et l'action *conducti* ou *ex conducto* qui se donne au CONDUCTOR (3). Ces dénominations et les différences qui en résultent ne donnent lieu à aucune difficulté dans le louage des choses (*b*) : on appelle *conductor* (locataire, preneur), celui des contractants qui s'engage à payer (*c*), et *locator* (locateur, bailleur), celui qui s'oblige à faire user ou à faire jouir. L'action *conducti*, intentée contre ce dernier, tend à obtenir de lui tout ce qu'il est obligé de faire, soit par les clauses expresses de la convention, soit par la nature même du contrat, et spécialement une prestation, c'est-à-dire une tradition telle que le *conductor* puisse jouir de la chose louée, *ut ei præstetur frui licere* (4).

(1) *Text. hic; fr.* 2, *locat. cond.* — (2) §§ 1 *et* 2, *h. t.; Gaius,* 3 *inst.* 143, 144; *fr.* 25, *locat. cond.* — (3) *Text. hic.* — (4) *Ulp. fr.* 9; *fr.* 15, *pr. et* § 1, *locat. cond.*

(*a*) En français, rétribution, salaire, loyer, fermage. Dans le louage des immeubles, le *merces* annuel se nomme *pensio* ou *reditus* (§ 3, *h. t.;* V. *Ulp. fr.* 5, *locat. cond.; Paul. fr.* 55, § 2, *eod.*).

(*b*) Dans le louage d'ouvrage, celui qui fournit son industrie se nomme *locator*, et, dans ce cas encore, celui qui paie se nomme *conductor* (*Ulp. fr.* 19, § 2, *locat. cond.*). Souvent aussi les entrepreneurs se nomment *conductores*, et alors c'est le *locator qui paie* (*Ulp. fr.* 11, § 3; *fr* 13, §§ 2 *et* 3, *eod.*). Dans ce cas, selon Vinnius, il est *locator* de l'opération, *opus*, qu'il confie à l'entrepreneur, et *conductor* du travail ou de l'industrie de ce dernier, *operæ*. Réciproquement, l'entrepreneur est *conductor* ou *redemptor* de l'opération (V. *Ulp. fr.* 39, *de rei vind.*) et *locator* de son industrie (V. *Ulp. fr.* 1, *de æstim.; Paul. fr.* 2, § 22, *locat. cond.; Javol. fr.* 59, *eod.; Pap. fr.* 1, § 1, *de præscr. verb.*).

(*c*) Lorsqu'il s'agit d'un fonds de terre, le *conductor* se nomme *colonus* (V. *Pomp. fr.* 3, *locat. cond.; Scæv. fr.* 6, *eod.*), parce qu'il cultive. On appelle *inquilinus* le locataire d'un appartement, ou même la personne qui habite gratuitement dans la maison d'autrui; mais, dans ce dernier cas, l'*inquilinus* n'est plus locataire, ni par conséquent *conductor* [1050].

§ V.

1053. L'action *locati* s'intente contre le *conductor*, lorsqu'il ne remplit pas les obligations dont il est tenu, et qui consistent d'abord à exécuter toutes les clauses du contrat, *omnia secundum legem conductionis facere.* Ainsi nulle difficulté sur les points réglés par une convention expresse ; mais notre texte prévoit en outre le cas où les clauses du contrat n'auraient pas tout prévu (*si quid in lege prætermissum fuerit*), et alors il décide que l'équité doit suppléer à l'omission. Le preneur sera donc tenu de certaines obligations dont l'étendue se détermine *ex bono et æquo*, conformément au principe général qui, dans les contrats consensuels, détermine d'après la même base ce dont chaque partie est tenue envers l'autre ([1]). Ainsi, il devra se conformer aux usages locaux ([2]) ; il prendra soin de ne pas dégrader les bâtiments, et, pour ne pas détériorer les terres, il exécutera en temps opportun les travaux propres à chaque saison ([3]).

Nous expliquerons plus loin quelle est, en général, la responsabilité du locataire relativement aux choses qu'on lui remet [1074].

§ VI.

1054. Le louage se contracte ordinairement pour un temps déterminé, et la mort du preneur, lorsqu'elle précède la fin du bail, ne change rien au contrat, qui continue, pour les héritiers du *conductor*, pendant tout le temps qui reste à courir. Ces derniers succèdent à leur auteur et le représentent dans toutes les conséquences du louage (*eodem jure in conductione succedit*), parce qu'en général les contrats, ou plutôt les obligations et les actions qui en résultent, survivent aux contractants et se perpétuent par l'hérédité [967].

Il importe donc de ne pas confondre le *conductor* avec l'usufruitier. L'un et l'autre acquièrent les fruits qu'ils perçoivent ou font percevoir [385] ; mais l'usufruitier jouit parce que tel est son droit, parce que c'est à lui qu'appartient la jouissance. Le fermier, au contraire, jouit *voluntate domini* ([4]) sans avoir

([1]) *Pr., de cons. obl.;* § 39, *de act.* V. 1272. — ([2]) *Alex. C.* 8; *Diocl. et Max. C.* 19, *de locat. cond.* — ([3]) *Gaius, fr.* 25, § 3, *locat. cond.* — ([4]) *Scævol. fr.* 61, § 8, *de furt.*

jus fruendi, parce qu'on le fait jouir, ou parce qu'on est tenu de le faire jouir.

L'usufruit constitué à terme finit, comme le louage, à l'expiration du temps fixé; mais, en sens inverse du louage, l'usufruit s'éteint même avant le terme par le décès de l'usufruitier. En constituant ce droit à terme, on ne lui donne pas une extension contraire à sa nature, mais plutôt une limite; au lieu de le prolonger, on restreint la durée dont il est susceptible, et alors l'usufruit s'éteint par l'expiration du temps si l'usufruitier vit encore, ou par son décès si le terme n'est pas expiré (1).

§§ III et IV.

1055. La vente et le louage ont tant d'analogie, que souvent on a peine à distinguer le véritable caractère de certaines conventions, dont Justinien rapporte ici deux exemples. Celui du § 4 n'exige aucune explication : je ne m'arrêterai donc qu'au § 3.

Souvent on reçoit un terrain pour en jouir à perpétuité (*a*), moyennant une redevance annuelle qu'on s'engage à payer au propriétaire. Dans ce cas le preneur ou ses héritiers, ainsi que toutes autres personnes succédant à ses droits, continuent à jouir du terrain sans que le bailleur puisse le leur retirer, du moins tant que le paiement de la redevance n'est pas interrompu, *quandiu pensio sive reditus præstetur*. Celui qui ne reçoit un fonds que pour en jouir (*fruenda traduntur*) ressemble beaucoup plus à un fermier qu'à un acheteur; d'un autre côté, concéder une jouissance perpétuelle, c'est pour ainsi dire aliéner; aussi le propriétaire semble-t-il vendre son terrain plutôt que le louer : on pouvait donc hésiter sur la nature du contrat. L'opinion la plus générale le considérait comme un louage (2); ce qui nous explique pourquoi notre texte appelle *dominus* la personne qui livre le terrain, et *conductor* celle qui le reçoit.

1056. Plus tard, dans le Bas-Empire, Zénon décide que la convention dont il s'agit formera, sous le nom d'emphytéose,

(1) *Paul.* 3 *sent.* 6, § 33. — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 145.

(*a*) PERPETUO FRUENDA (*text. hic*) IN PERPETUUM LOCATA (*Gaius*, 3 *inst.* 145; V. *Paul. fr.* 1, *si ager vectigal.*; *Arcad. et Honor. C.* 1, *de offic. com. sacr.*). L'emphytéose, qui de sa nature est perpétuelle, peut cependant être limitée, pourvu que le terme soit assez long, *non modicum*. (*Ulp. fr.* 1, § 3, *de superf.*; *Paul. fr.* 3, *si ager vectigal.*)

un contrat distinct de la vente comme du louage ; que l'étendue et les effets de ce contrat, soit relativement aux cas fortuits, soit sur tout autre point, se règleront par la convention des parties, et enfin, qu'à défaut de convention sur les cas fortuits, la perte totale de la chose sera aux risques du bailleur, tandis que le preneur supportera les pertes partielles et tous les événements qui détériorent la chose sans la dénaturer entièrement [1]. Ainsi, dans le premier cas, le preneur, déchargé de ses obligations, cesse de payer la redevance, et en cela diffère de l'acheteur, qui doit toujours le prix lorsque la chose périt même avant la tradition [1041] ; dans le second cas, les pertes que le preneur éprouve ne le libèrent point. Dans le louage, au contraire, le fermier paie en raison des produits de la terre : si la jouissance est rendue impossible ; si une stérilité, une sécheresse extraordinaire, une incursion d'ennemis ou autres événements semblables anéantissent la récolte, le colon est déchargé de son fermage, et ne perd alors que ses semences [2].

C'est du verbe grec ἐμφυτεύω, qui signifie planter, ensemencer, qu'est venu le mot emphytéose, parce qu'originairement ce contrat avait pour objet des terres incultes que le preneur devait mettre en valeur. Aussi, lors même que sa jouissance est limitée, l'emphytéote diffère-t-il essentiellement du colon qui, d'après les règles ordinaires du louage, jouit de la chose dans son état actuel et conformément à une destination qui reste la même ; tandis que l'emphytéote prend la chose pour l'améliorer en changeant son état et sa destination, par exemple, en défrichant une lande, en desséchant un marais, etc.

1057. Indépendamment des actions personnelles que l'emphytéose produit entre les parties pour l'exécution réciproque de leurs conventions, la tradition du fonds confère au preneur un droit qui, sans le rendre propriétaire, lui assure en quelque sorte, et sauf le paiement de la redevance, les avantages de la propriété. Il peut aliéner la chose [3] ; et réciproquement, lorsqu'elle est indûment possédée par un autre, l'emphytéote peut agir par une revendication utile que lui accorde le droit prétorien [4]. A cette occasion, les interprètes ont considéré le bailleur et l'emphytéote comme ayant chacun une propriété dis-

(1) *Text. hic ; C. 1. de jur. emphyt.* — (2) *Ulp. fr. 15, § 2 et seqq., locat. cond.* — (3) *Text. hic.* — (4) *Paul. et Ulp. fr. 1, § 1 ; fr. 2, si ager vectigal. ; fr. 3, § 3, § 1 ; fr. 74 et 75, de rei vind. ; fr. 1, § 6, de superf.*

tincte; ils ont appelé domaine direct la propriété que conserve le premier, et domaine utile le droit que l'emphytéose confère au second. La vérité est qu'il n'existe pas de domaine utile [1], bien que l'on obtienne souvent une revendication utile sans être propriétaire, comme l'emphytéote qui n'a pas la propriété, mais plutôt une sorte de servitude [2], un JUS PRÆDII nommé *jus emphyteuticum* (*a*).

§§ I et II.

1058. L'analogie de plusieurs autres conventions, soit avec le louage, soit avec la vente, a été l'occasion de controverses [3] qui paraissent n'avoir été complétement résolues que dans le troisième siècle, au temps de Paul, Ulpien et Papinien.

Il arrive fréquemment, par exemple, qu'on emploie un ouvrier sans déterminer à l'avance le salaire qu'on lui destine. C'est ainsi qu'un tailleur fait ou répare un habit pour obtenir un salaire qui sera fixé plus tard (*postea tantum daturus quantum inter eos convenerit*). Puisque cet ouvrier ne travaille pas gratuitement, ce n'est pas un mandat qu'il reçoit, et puisque son salaire n'est pas déterminé, il n'y a pas précisément louage (*non proprie locatio et conductio*). On a décidé qu'on agirait dans ce cas par une action particulière dite PRÆSCRIPTIS VERBIS [4].

Pareillement, deux voisins ayant chacun un bœuf unique, accouplent les deux animaux, afin que la paire serve successivement à chacun des contractants pour labourer son champ (*b*). Si mon bœuf vient à périr chez mon voisin, je n'aurai ni l'action de commodat, parce que mon voisin n'usait pas gratuitement, ni l'action *locati*, parce qu'il n'existe point de rétribution pécuniaire. Ici, comme dans le cas précédent, on a reconnu l'existence d'un contrat particulier (*proprium genus contractus*),

[1] *Cujac. ad Paul. fr.* 74, *de rei vind.* — [2] *Julian. fr.* 86, *de legat.*, 1°. — [3] *Gaius*, 3 *inst.* 143, 144. — [4] *Text. hic ; Gaius, fr.* 22, *de præscr. verb.*

(*a*) *Jus* εμφυτευτικον (*Ulp. fr.* 3, § 4, *de reb. eor.*). C'est ainsi que l'on concédait principalement les terres appartenant à des cités. (V. *Gaius*, 3 *inst.* 145; *Paul. fr.* 1, § 1, *si ager vectig.*)

(*b*) § 2, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 17, § 3, *de præsc. verb*. Dans cet exemple, je me sers de la chose de mon voisin, et réciproquement il se sert de la mienne. Il y aurait jouissance respective si deux copropriétaires du même fonds s'accordaient pour que chacun d'eux alternativement perçût les fruits de deux en deux ans. (*Ulp. fr.* 23, *comm. div.*)

qui diffère du louage comme l'échange de la vente, et qui produit aussi l'action *præscriptis verbis.*

Une personne désirant avoir un certain prix d'une chose, par exemple, d'une pendule, la remet à un horloger qui la prend à ses risques et périls pour une valeur fixée entre les parties, mais à condition qu'il rendra l'objet même ou la valeur convenue. On a douté si ce contrat, qu'on appelle *estimatoire*, constitue une vente, un louage de services, une société ou un mandat ; et dans le doute on a donné une action *præscriptis verbis* ([1]), comme dans les cas précédents ([2]).

1059. On recourt à cette action toutes les fois que le nom d'un contrat, et par suite le nom de l'action qui en résulte, sont l'objet d'un doute qui n'existe pas sur le contrat même ([3]). Dans le doute, en effet, on n'osait pas intenter les actions nommément attachées à tel ou tel contrat; mais pour suppléer à leur insuffisance ([4]), ou même pour trancher toute difficulté sur le choix à faire entre elles et sur les dangers de ce choix *(a)*, on recourt à une action innommée et par cela même générale, dite *præscriptis verbis* [1217]. Cette action s'adapte à tous les contrats innomés ; car, indépendamment des contrats spéciaux ou contrats nommés qui ont chacun leur action, il y a contrat et obligation par suite de toute convention qui renferme une cause licite ([5]), c'est-à-dire toutes les fois que, dans la convention même, l'une des parties réalise au profit de l'autre un avantage en considération duquel celle-ci consent à s'obliger [1326].

La translation de propriété est toujours une cause suffisante,

([1]) *Ulp. fr.* 13, *eod.; fr.* 1, *de æstim.* — ([2]) *Paul. fr.* 5, § 1, *de præscript. verb.* — ([3]) *Ulp. d. fr.* 1, *de æstim.* — ([4]) *Pap., Cels., Julian. et Ulp. fr.* 1, 2, 3 *et* 4, *de præscr. verb.* — ([5]) *Ulp. fr.* 7, § 2, *de pact.; fr.* 15, *de præscr. verb.*

(*a*) *Gaius*, 3 *inst.* 143. Dans le cas même où le contrat est certain, par exemple dans un louage proprement dit, il peut encore rester du doute sur la question de savoir si l'un des contractants est *locator* plutôt que *conductor*, et conséquemment s'il doit agir par l'action *locati* ou par l'action *conducti*. Dans ce doute, il faut intenter une action civile IN FACTUM, autrement dite INCERTI ou PRÆSCRIPTIS VERBIS. (V. *Pap. fr.*, 1, § 1 ; *fr.* 8, *de præscr. verb.*) Dans un autre cas où il s'agit de savoir si l'on agira EX CONDUCTO ou COMMUNI DIVIDUNDO, Ulpien (*fr.* 23, *commun. divid.*) décide que du moins on pourra toujours employer l'action *in factum incerti civilem*. Ailleurs, il reconnaît que l'on pourrait avoir l'action de commodat (*fr.* 17, *de præscript. verb.*), mais qu'il est plus sûr (*tutius*) de recourir à l'action PRÆSCRIPTIS VERBIS. *Tutius erit*, *melius est*, disent pareillement Paul et Africain (*fr.* 5, § 4 ; *fr.* 21, *eod.*; V. *Ulp. fr.* 18 *et* 19, *eod.*).

lorsque je transfère, non par pure libéralité comme dans la donation, mais *certa lege* [1], pour que vous me transfériez un autre objet [2], ou pour que vous exécutiez un fait qui m'intéresse. Dans le premier cas, qui est celui de l'échange, j'aliène pour acquérir, DEDI UT DARES [3], DO UT DES [4] ; dans le second, j'aliène pour vous astreindre à l'exécution d'un fait, par exemple à libérer un esclave, à peindre un tableau, à réparer un bâtiment, DEDI UT FACIAS [5], DO UT FACIAS [6]. Dans l'un et l'autre cas, si vous n'exécutez pas la convention, j'agirai contre vous, soit par condiction, pour répéter la chose que j'ai aliénée, soit par l'action *præscriptis verbis*, pour être indemnisé du tort que j'éprouve [7] ; et réciproquement, si, après avoir exécuté le fait convenu, vous êtes évincé de la chose que je vous avais remise en contractant, vous agirez contre moi par cette même action *præscriptis verbis* [8].

1060. L'exécution d'un fait devient aussi une cause d'obligation entre deux personnes qui veulent se procurer réciproquement la faculté d'user ou de jouir de certains objets [1058], ou lorsque je bâtis pour vous une maison à condition que vous m'en bâtirez une autre. Dans ces différents cas, je n'aliène rien ; ce n'est point une dation, c'est un fait que j'exécute pour que l'on exécute envers moi un autre fait. Il y a échange non de propriété, mais de services et d'industrie, FACIO UT FACIAS ; et comme le fait que j'ai exécuté aurait pu former l'objet d'un louage, l'action *præscriptis verbis* produit un résultat semblable à celui que produiraient les actions *locati* ou *conducti*. Elle se rapproche, au contraire, de l'action *mandati* entre deux personnes qui, se donnant et acceptant un mandat réciproque, ont pour ainsi dire géré les affaires l'une de l'autre [9].

Le tailleur dont nous avons parlé précédemment [1058] répare un habit sans attendre en retour l'exécution d'un fait semblable ; il travaille pour obtenir un paiement qui doit le rendre propriétaire de la somme payée. Il agit à cet effet par l'action *præscriptis verbis* [10] ; et cependant lorsque j'exécute un fait pour obtenir une dation [11], Paul me refuse toute action civile [a],

[1] *Pap. fr.* 8, *in fin., eod.* — [2] *Marcian. fr.* 10, *eod.* — [3] *Ulp. fr.* 7, § 2, *de pact.* — [4] *Paul. fr.* 5, *de præscr. verb.* — [5] *Ulp. d. fr.* 7, § 2. — [6] *Paul. d. fr.* 5. — [7] *Paul. d. fr.* 5, § 2, *de præscr. verb.*; *Pap. fr.* 7, 8 *et* 9, *eod.* — [8] *Ulp. d. fr.* 7, § 2, *de pact.* — [9] *Paul. fr.* 5, § 4, *de præsc. verb.* — [10] § 1, *h. t.* — [11] *Paul. d. fr.* 5, § 3.

---

[a] *Paul. fr.* 5, § 3, *de præscr. verb.* Il faut alors recourir à une action préto-

et par conséquent l'action *præscriptis verbis*, qu'il accorde dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque j'ai transféré une propriété pour obtenir l'exécution d'un fait [1059]. Pourquoi donc autoriser le tailleur à exercer l'action *præscriptis verbis ?*

1061. Au milieu des conjectures auxquelles cette matière semble abandonnée, un seul point paraît indubitable, c'est que quiconque transfère sa propriété a toujours une action contre celui qui, en recevant la chose et pour l'obtenir, a pris des engagements qu'il ne remplit pas [1059]. Dans les autres cas, la question de savoir si la convention et le fait qui l'accompagne produiront une action civile, semble dépendre de l'analogie qui rapproche cette convention des contrats de dépôt, de commodat, de vente, de louage, de mandat ou de société [1]. Ainsi le tailleur dont nous parlons aura l'action *præscriptis verbis*, parce que dans ce cas le contrat ne diffère du louage que par une nuance assez délicate pour faire douter s'il n'existe pas réellement un louage.

[1] *Pap. fr.* 1, § 2, *de præscript. verb.; Ulp. fr.* 17, *pr. et* § 2 ; *fr.* 18 ; *fr.* 20, *pr.*, §§ 1 *et* 2 ; *fr.* 19, § 1 ; *fr.* 13, *pr. et* § 1, *eod.; fr.* 44, *pro soc.; Nerat. fr.* 6, *de præsc. verb.; Procul. fr.* 12 ; *Pomp. fr.* 26 ; *Gaius, fr.* 22 ; *Paul. fr.* 5, § 4, *eod.*

rienne, et notamment à l'action de dol. Voyez aussi Dioclétien et Maximien (*C.* 4, *de dol. mal.*).

TITRE XXV.

DE LA SOCIÉTÉ.

La société se contracte ordinairement, soit pour tous les biens (et alors les Grecs l'appellent κοινόπραξίον), soit pour une négociation spéciale, par exemple, pour acheter et vendre des esclaves de l'huile, du vin, du froment.

1. Lorsqu'il n'existe point de convention expresse sur les parts dans le gain et dans la perte, l'un et l'autre se divisent par portions

TITULUS XXV.

DE SOCIETATE.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

1. Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et

in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent : nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duæ partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.

égales. S'il y a eu fixation de parts, elle doit être observée; car on n'a jamais douté de la validité de la clause par laquelle deux associés conviennent que l'un aura deux tiers dans le gain et dans la perte, l'autre un tiers.

2. De illa sane conventione quæsitum est : si Titius et Seius inter se pacti sunt ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius cujus sententia prævaluit, contra sensit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur; quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua

2. Toutefois on a douté de la validité de la clause par laquelle Titius et Séius conviennent que le premier aura deux tiers dans le gain et un tiers dans la perte, le second deux tiers dans la perte, et un tiers dans le gain. Quintus Mucius considérait cette clause comme contraire à la nature de la société, et par conséquent comme nulle. Servius Sulpicius, dont l'opinion a prévalu, pensait différemment, parce qu'il y a souvent des personnes dont l'industrie est assez précieuse dans une société pour mériter qu'on les y admette avec certains avantages. Aucun doute en effet ne s'élève sur la possibilité d'une société entre deux personnes dont l'un fait une mise, tandis que l'autre n'en fait point, et dont cependant les bénéfices soient communs, parce que souvent l'industrie d'un associé équivaut à une mise de fonds. L'opinion contraire à celle de Mucius a tellement prévalu, qu'on a aussi reconnu la validité d'une convention qui attribuerait à l'un des associés une part des bénéfices sans qu'il fût tenu de la perte, convention pour laquelle Servius s'est aussi prononcé. Toutefois

elle doit s'interpréter en ce sens, que s'il y a bénéfice sur un point et perte sur un autre, on les compense et l'excédant seul est considéré comme bénéfice.

3. Une règle incontestable, c'est que la fixation de parts, établie pour un cas, c'est-à-dire pour le gain ou pour la perte seulement, sans parler de l'autre cas, s'applique également à ce dernier.

4. La société dure tant que les associés persévèrent dans la même intention; mais la renonciation d'un seul dissout la société. Toutefois, lorsqu'un associé renonce frauduleusement, pour profiter seul d'un avantage qui se présente, par exemple, dans la société de tous biens, si l'un des associés, lorsqu'il se trouve héritier d'une personne, renonce à la société pour profiter seul de l'hérédité, il sera forcé de la mettre en commun; mais s'il fait quelque autre profit sans l'avoir capté, c'est lui seul qui en profite. Quant à l'associé du renonçant, tout ce qu'il acquiert depuis la renonciation ne profite qu'à lui seul.

5. La société se dissout encore au décès de l'un des associés, parce que la formation de ce contrat suppose le choix d'une personne déterminée. La société consentie entre plus de deux associés se dissout également par la mort d'un

damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intelligatur lucri esse.

3. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.

4. Manet autem societas eousque donec in eodem consensu perseveraverint; at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet: ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur.

5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, et si plures super-

sint; nisi in coeunda societate aliter convenerit.

seul, quoiqu'il en reste plusieurs; à moins qu'en s'associant, on ne soit convenu du contraire.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.

6. La société contractée pour une entreprise particulière cesse quand l'opération est terminée.

7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur : nam cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.

7. La société est évidemment dissoute par la confiscation, lorsque tous les biens d'un associé sont confisqués; car cet associé, ayant un successeur, est réputé mort.

8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, et ideo propter publica aut privata debita substantia ejus væneat, solvitur societas. Sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

8. Lorsqu'un associé, accablé de dettes, fait cession de biens, et que par suite tout est vendu pour acquitter des engagements publics ou privés, la société se dissout; mais dans ce cas, si les autres s'accordent à rester associés, il se forme une nouvelle société.

9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpæ, id est desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est? Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet; nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet.

9. L'associé contre lequel un autre agit, en cette qualité, par l'action *pro socio*, doit-il, comme le dépositaire, répondre seulement du dol qu'il a commis, ou bien doit-il répondre en outre de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence? Cette question a été controversée, mais l'opinion qui rend l'associé responsable de sa faute a prévalu. Toutefois la faute ne doit pas se mesurer sur le soin le plus exact; il suffit que l'associé mette aux affaires sociales le même soin qu'il met habituellement aux siennes. En effet, celui qui prend un associé négligent ne doit l'imputer qu'à soi-même.

EXPLICATION.

1062. Il n'est pas rare qu'une chose appartienne en commun à plusieurs personnes, comme une hérédité à plusieurs héritiers, l'objet d'un legs à plusieurs colégataires, qui ont chacun leur part indivise dans la chose commune, et un droit proportionnel aux avantages qu'elle produit, sauf à contribuer aux charges et aux dépenses dans la même proportion. Ils partagent les bénéfices et les pertes : il y a entre eux communauté, mais non société (1) ; car la société est un contrat, c'est-à-dire qu'elle ne se forme jamais sans le consentement mutuel de toutes les parties. Les personnes entre lesquelles une communauté quelconque s'établit sans convention ne sont donc pas associées (2) ; et ceux même qui s'accordent pour acquérir le même objet, s'accordent souvent sans devenir sociétaires, par exemple, dans les enchères où deux compétiteurs, afin de ne pas se nuire réciproquement, conviennent d'acheter en commun. Ils ne sont point associés (3), parce que la communauté qu'ils établissent est pour eux un moyen plutôt qu'un but, ils ne veulent point avoir la chose en commun ; ils ne consentent à l'acquérir ensemble que pour la diviser, et séparer immédiatement leurs intérêts. Les associés, au contraire, s'accordent pour être et pour rester unis, du moins pendant un certain temps ; leur but n'est pas de diviser une chose commune, mais d'établir une communauté à laquelle chacun d'eux contribue par un apport spécial.

Cet apport consiste quelquefois, pour un ou plusieurs associés, dans leur industrie sans aucune autre mise (4), parce que souvent l'habileté, l'expérience d'une personne sont aussi profitables à la société qu'un apport pécuniaire : *sæpe opera alicujus pro pecunia valet* (5).

PR.

1063. Notre texte reconnaît avec Gaïus (6) deux espèces de sociétés, dont l'une, dite *alicujus negotiationis*, a pour objet l'a-

(1) §§ 3 et 4, *de obl. quasi ex contract.* — (2) *Ulp. fr.* 31, *pro soc.* — (3) *Ulp. fr.* 32 et 33, *eod.* — (4) *Gaius*, 3 *inst.* 149, § 2, *h. t.*; *Ulp. fr.* 52, § 7, *pro soc.* — (5) § 2, *h. t.* — (6) 3 *inst.* 148.

chat et la vente d'un certain genre de marchandises, et par suite comprend les bénéfices et les pertes qui résultent exclusivement de ce commerce [1]. La société de tous biens (*totorum bonorum*) comprend, au contraire, tous les biens présents et à venir des contractants ; elle profite de tout ce qu'ils ont [2] et de tout ce qu'ils acquerront postérieurement, même par donation, par legs ou par succession [3]. Réciproquement elle supporte les obligations ou charges dont chaque sociétaire est tenu [4] et les condamnations qu'il encourt, excepté lorsque ces obligations ou condamnations résultent d'une cause illicite, par exemple du jeu ou d'un délit [5]. On distingue encore la société UNIUS REI [6] ou ALICUJUS REI [7] qui se restreint à un ou plusieurs objets spécialement déterminés [8], et la société VECTIGALIS que l'on contracte pour affermer les revenus publics [9].

Lorsqu'on veut former une des quatre sociétés que nous venons d'énumérer, il faut désigner expressément celle que l'on préfère ; autrement on serait présumé avoir contracté une société d'acquêts [10]. Cette cinquième espèce de société comprend, comme son nom l'indique, toutes les acquisitions que chaque partie fait par son industrie, son économie, son travail [11], à l'exclusion des hérédités, legs et donations [12] : conséquemment aussi la société ne supporte d'autres dettes que celles dérivant *ex quæstu*, par exemple des ventes, locations et autres opérations semblables, dont elle recueille le bénéfice [13].

§§ I et III.

1064. Les contractants peuvent fixer les parts respectives qu'ils prendront dans la société, en attribuant à l'un d'eux les trois quarts, par exemple, tant dans le bénéfice que dans la perte [14], ou, ce qui revient au même, les trois quarts de la perte sans parler du bénéfice, et réciproquement [15]. La validité de cette convention n'a jamais été douteuse ; cependant Ulpien [16] la restreint au cas où l'un des associés fait par son industrie, ou de toute autre manière, un apport supérieur à

(1) *Ulp. fr.* 52, § 5, *pro soc.* — (2) *Paul. fr.* 1, §, *eod.* — (3) § 4, *h. t.*; *Paul. fr.* 3, § 1 ; *fr.* 74 ; *Ulp. d. fr.* 52, § 16, *eod.* — (4) *Ulp. fr.* 73, *eod.* — (5) *Ulp. fr.* 52, §§ 17 *et* 18 ; *fr.* 58 ; *Pomp. fr.* 54 ; *fr.* 59, § 1, *pro soc.* — (6) *Ulp. fr.* 5, *eod.* — (7) § 6, *h. t.* — (8) *Diocl. et Max. C.* 2, *pro soc.* — (9) *Ulp. d. fr.* 5. — (10) *Ulp. fr*, 7 ; *Paul. fr.* 71, § 1, *eod.* — (11) *Paul. fr.* 8 *et* 13 ; *Ulp. fr.* 52, § 8, *pro soc.* — (12) *Ulp. fr.* 9 *et* 11, *eod.*; *Julian. fr.* 43, § 2, *de adq. vel omitt. her.* — (13) *Ulp. d. fr.* 7 ; *Paul. fr.* 12, *eod.* — (14) § 1, *h. t.* — (15) § 3, *h. t.* — (16) *Fr.* 29, *pro soc.*

celui des autres. Dans ce sens, la convention ne peut servir qu'à proportionner le droit des associés à leur apport.

A défaut de convention particulière, les parts sont égales, et suivant les anciens jurisconsultes ([1]), il n'existait à cet égard aucune difficulté. Il n'en est pas de même entre les interprètes modernes : les uns pensent qu'il s'agit ici d'une égalité absolue, les autres d'une égalité relative qui donne à chaque associé un intérêt proportionné à sa mise. Cette égalité relative semble paralyser entièrement la faculté laissée aux associés, soit de fixer en contractant leurs portions respectives, soit d'en confier la fixation ultérieure à l'un d'eux ou à un tiers. En effet, dans le premier cas, la convention ne vaudra que pour l'hypothèse d'apports inégaux ([2]) ; dans le second cas, la personne chargée de fixer les parts doit les fixer équitablement, *boni viri arbitrio* ([3]). Or ce BONI VIRI ARBITRIUM ne permet l'inégalité de parts que dans le cas où l'un des associés apporte plus de valeurs, plus d'industrie ou de crédit que les autres ([4]) : ainsi, l'égalité de parts est une conséquence inévitable de l'égalité d'apports, et les associés ne peuvent y déroger ni par eux-mêmes, ni par leurs arbitres. Par la même raison, en cas d'apports inégaux, l'équité ne permettra qu'une égalité proportionnelle ou relative ; et alors à quoi sert de faire une convention expresse, de choisir un arbitre, d'établir une proportion, si cette proportion existe indépendamment de toute convention ; en un mot, si l'égalité tacite dont parle notre texte n'est pas une égalité absolue?

Une autre décision semble trancher la question, du moins pour la société *totorum bonorum*, qui peut exister, dit Ulpien ([5]), entre toutes personnes, malgré l'inégalité de leur fortune, parce que l'industrie du plus pauvre supplée ordinairement à l'insuffisance de son patrimoine. Certes l'inégalité des fortunes ne serait pas une objection, si l'égalité du partage n'était pas absolue. L'égalité proportionnelle est une véritable inégalité qui compense celle des apports, et ne la laisse plus apercevoir.

§ II.

1065. La convention qui établit des parts inégales a été

([1]) *Gaius, 3 inst.* 150. — ([2]) *Ulp. fr.* 29, *pro soc.* — ([3]) *Procul. et Paul. fr.* 76, 77, 78 *et* 79, *eod.* — ([4]) *Pomp. fr.* 6 ; *Procul. fr.* 80, *eod.* — ([5]) *Fr.* 5, § 1, *pro soc.*

admise sans difficulté pour le cas où la part de chaque associé reste la même dans le gain et dans la perte ([1]) ; mais la convention de partager les pertes et les bénéfices dans deux proportions différentes a soulevé quelques doutes : cependant on a reconnu sa validité. Ainsi, l'un des associés peut avoir part aux bénéfices sans être tenu d'aucune perte, et cela en considération des avantages que l'industrie d'une personne procure souvent à ses associés, avantages qui peuvent même dispenser cette personne de tout autre apport ([2]).

Observez toutefois que les clauses précédentes donneraient au contrat le caractère d'une société léonine, société sans effet, si les profits d'une opération devaient se calculer indépendamment des pertes essuyées sur une opération différente ; aussi compense-t-on tous les gains avec toutes les pertes. La différence donne ou un bénéfice sans perte ou une perte sans bénéfice, et c'est au résultat de cette opération que s'appliquent les conventions précédentes ([3]).

§ IV.

1066. La société qui unit les intérêts des contractants unit aussi leurs personnes par les rapports nécessaires qu'elle établit entre eux. A cet égard, ce contrat se rapproche des noces et du *concubinatus*, associations toutes personnelles qui se forment par le consentement, durent par lui et avec lui jusqu'au moment où finit le concours des volontés : alors le lien qui unissait les parties se dissout ; il y a divorce ou séparation des conjoints (*a*). Pareillement les associés continuent de l'être tant qu'ils persévèrent *in eodem consensu* ([4]), et leur union se dissout lorsque telle est la nouvelle volonté de tous ([5]) ou même la volonté d'un seul, puisque le dissentiment suffit pour qu'il n'y ait plus consentement ; mais alors cette volonté doit être expressément notifiée aux autres contractants par une déclaration que les textes appellent *renuntiatio* ([6]).

([1]) § 1, *h. t.*—([2]) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 149 ; *Ulp. fr.* 29, § 1, *pro soc.*—([3]) *Text. hic, in fin.; Ulp. fr.* 29, § 2 ; *Paul. fr.* 30, *pro soc.* —([4]) *Text. hic.; Gaius*, 3 *inst.* 151; *Diocl. et Max. C.* 5, *pro soc.* — ([5]) *Paul. fr.* 65, § 3, *pro soc.*— ([6]) *Ulp. fr.* 65, § 10; *Pomp. fr.* 18, *pro soc.*

(*a*) *Gaius, fr.* 2, *de divort. et repud.* La folie des deux conjoints ou de l'un d'eux ne fait cesser ni les noces ni le *concubinatus*. (*Ulp. fr.* 8, , *de his qui sui; Paul. fr.* 2, *de concub.*) Leur dissolution exige une volonté nouvelle, la volonté de se séparer ;

A compter de ce moment, les anciens associés n'ont plus ni pertes ni bénéfices communs, à moins que le renonçant n'ait agi de mauvaise foi, dans la prévoyance d'un profit dont il veut s'attribuer la totalité. Tel est celui qui, s'étant associé pour acheter un objet déterminé, se retire pour l'acheter seul [1]; tel est, dans la société *totorum bonorum*, celui qui, pour profiter seul d'une hérédité à lui déférée, retarde son adition et se hâte de dissoudre le contrat. Si les bénéfices qu'il a captés se réalisent, il sera tenu de les partager avec ses associés; dans le cas contraire, ceux-ci ne contribueront point aux pertes, par exemple, aux dettes d'une hérédité onéreuse [2]. Quant aux profits que la société aurait faits depuis la renonciation, le renonçant n'y prendra aucune part [3]: en un mot, la renonciation frauduleuse dégage les associés du renonçant envers lui, sans le dégager envers eux (*a*).

Il en est de même pour la renonciation intempestive, lorsqu'un des associés se retire, soit avant le temps convenu (*b*), soit dans une circonstance où l'intérêt commun des associés serait de ne pas dissoudre la société [4].

§ V.

1067. Celui qui prend plusieurs associés forme avec tous un contrat que peut-être il ne formerait pas avec chacun d'eux séparément, ni même avec quelques uns d'eux : aussi la société qui perd un de ses membres finit-elle, même entre les

[1] *Paul. fr.* 65, § 4, *pro soc.* — [2] *Paul. d. fr.* 65, § 3. — [3] *Text. hic, in fin.*; *Gaius*, 3 *inst.* 151. — [4] *Paul. d. fr.* 65, § 5.

et cette volonté, à l'égard des noces, doit être exprimée en termes solennels. (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *unde vir et ux.*; *Paul*, *fr.* 9, *de divort. et repud.*)

(*a*) Ces conséquences semblent rigoureuses. Ne serait-il pas plus équitable que les associés à qui l'on notifie une renonciation frauduleuse eussent le choix de dissoudre la société ou de la continuer malgré le renonçant, pour participer, dans ce cas, aux bénéfices de ce dernier, mais en partageant avec lui ses pertes et leurs propres bénéfices.

(*b*) Dans une société contractée pour un temps limité (V. *Paul. fr.* 1, *pro soc.*), l'expiration du terme, au lieu de dissoudre la société, permet seulement à chaque associé de se retirer, sans que sa renonciation puisse être considérée comme intempestive. (V. *Paul. d. fr.* 65, § 6, *eod.*)

Peut-on s'associer conditionnellement? Justinien (*C.* 6, *pro soc.*), en décidant l'affirmative, nous prévient que cette question a fait naître, pour les anciens jurisconsultes, des doutes qui ne paraissent pas suffisamment expliqués, même par Cujas. (*Ad Paul. fr.* 1, *h. t.*)

survivants, s'il n'a pas été fait à l'avance une convention contraire ([1]); mais on ne peut pas convenir que la société continuera entre les survivants et l'héritier du prémourant ([2]), sans doute parce que cet héritier futur n'est qu'une personne incertaine (*a*).

L'héritier d'un associé n'est donc pas associé lui-même; néanmoins il succède aux bénéfices et aux pertes résultant des opérations antérieures à la dissolution. A cet égard, chaque associé transmet ses droits ou ses obligations, et l'action *pro socio* se donne à ses héritiers ou contre eux, comme on la donnerait au défunt ou contre lui, s'il avait survécu ([3]).

§§ VII et VIII.

1068. Ce qu'on vient de dire pour les héritiers d'un associé décédé s'applique à tous les successeurs d'un associé vivant (*cum alius ei succedit*), notamment au fisc qui, en cas de *capitis deminutio* grande ou moyenne, acquiert tous les biens du condamné [935]. La société se dissout également lorsque les biens d'un associé sont vendus par ses créanciers, soit après qu'il a fait cession de biens, soit dans les autres cas précédemment indiqués [933]; mais rien n'empêche les mêmes personnes de former une société nouvelle, si elles consentent à conserver pour associé un homme qui, dépouillé de ses biens, peut encore apporter son industrie ([4]).

§ VI.

1069. Les sociétés limitées soit à une opération, soit à une chose déterminée, finissent nécessairement lorsque l'opération est accomplie ([5]), ou lorsqu'elles restent sans objet par la perte de la chose ([6]).

§ IX.

1070. Les obligations réciproques des associés donnent

([1]) § 5, *h. t.; Paul. d. fr.* 65, § 9. — ([2]) *Pomp. fr.* 59; *Ulp. fr.* 25, *pro soc.* — ([3]) *Ulp. et Paul. fr.* 35 *et* 36; *fr.* 63, § 8, *eod.* — ([4]) § 8, *h. t.; Gaius*, 3 *inst.* 153. — ([5]) *Text. hic.* — ([6]) *Paul. fr.* 65, § 10, *pro soc.*

(*a*) La société dite *vectigalis* continue malgré la mort de l'un des associés, du moins en ce sens que l'héritier, sans être nécessairement associé des survivants, participe aux bénéfices et aux pertes même postérieurs. (V. *Pomp. fr.* 59; *Ulp. fr.* 63, § 8, *pro soc.*)

lieu à une action dite PRO SOCIO [1] qui s'intente quelquefois durant la société, mais plus communément lorsqu'elle est dissoute, ou même pour la dissoudre [2] en exigeant la liquidation des comptes respectifs, le paiement de ce qui reste dû et la réparation du dommage causé à l'associé demandeur par le dol ou la faute du défendeur [3].

A cette occasion, j'essaierai d'expliquer ici quelle est, d'après la nature des différentes obligations *bonæ fidei*, la responsabilité que chacune d'elles impose.

1071. Le tort que l'une des parties a causé par son dol, c'est-à-dire sciemment et à dessein, doit toujours être réparé ; réciproquement, personne ne répond des événements qui arrivent par cas fortuit ou force majeure, indépendamment de sa faute [4], c'est-à-dire de sa négligence [5]. On est donc toujours responsable de son dol et quelquefois de sa faute ; mais la faute elle-même ne s'apprécie pas dans tous les cas de la même manière. En effet, les textes distinguent très nettement : 1° une faute voisine du dol, *proxima dolo* [6], faute grave ou *culpa lata*, résultant de cette négligence extrême, *dissoluta negligentia* [7], qui semble ne pouvoir exister que dans les personnes dont l'intelligence obtuse ne comprend pas ce que d'autres comprennent [8], ou en d'autres termes ne s'élève pas jusqu'au sens commun ; 2° une faute légère *culpa levis* [9] dans laquelle rentrent, jusqu'au cas fortuit exclusivement, toutes les négligences qui ne constituent pas une faute grave.

Jusqu'ici le dol et la faute grave, quoique voisins, restent séparés ; mais les jurisconsultes du second et surtout du troisième siècle les ont assimilés, en ce sens que toute personne responsable du dol répond aussi de la faute grave [a], et dans ce sens on dit *magna culpa dolus* [10] : de là vient que les mêmes jurisconsultes, notamment Ulpien [11], parlent souvent du dol,

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 31 *et* 32, *pro soc.* — (2) *Paul. fr.* 65, *pr. et* § 15, *eod.* — (3) *Text. hic : Gaius, fr.* 72 ; *Pomp. fr.* 59, § 1, *pro soc.*—(4) *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.* — (5) *Text. hic.* V. § 3, *quib. mod. re contrah.* — (6) *Ulp. fr.* 47, § 5, *de legat.*, 1°; *Marcian. fr.* 11, *de incend.* — (7) *Ulp. fr.* 29, *mandat.* — (8) *Ulp. et Paul. fr.* 213, § 2; *fr.* 223, *de verb. signif.*—(9) *Ulp. d. fr.* 47, § 5, *de legat.*, 1°.—(10) *Paul. fr.* 226, *de verb. signif.* — (11) *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*; *fr.* 5, § 2, *commod.* V. *Afric. fr.* 108, § 12, *de leg.*, 1°.

(a) *Gaius, fr.* 1, § 5, *de obl. et act.*; *Ulp. fr.* 1, § 1, *si mens fals. mod.*; *fr.* 8, § 3, *de precar.*; *fr.* 1, § 2, *si is qui testam.* Remarquons ici qu'en matière criminelle, dans le cas d'homicide, par exemple, le dol et la faute grave ne sont plus assimilés. (*Paul. fr.* 7, *ad. l. c., de sicar.*)

d'une faute qu'ils nomment simplement *culpa*, et d'un soin appelé *diligentia*. Dans cette énumération le dol comprend implicitement la faute grave dont il est devenu inséparable; *culpa* s'entend d'une faute qui n'a plus rien de commun avec le dol, faute proprement dite ou faute légère ; et si les textes parlent en outre de *diligentia*, d'*exacta* ou *exactissima diligentia* (1), c'est pour indiquer que la faute légère doit s'apprécier d'une manière spéciale.

1072. Ainsi, par exemple, Gaïus (2) et Justinien (3) demandent d'abord si les associés répondront seulement de leur dol comme le dépositaire, c'est-à-dire du dol et de la faute grave, ou s'ils répondront en outre d'une faute que l'on n'impute pas au dépositaire (4), ou faute proprement dite. En adoptant ce dernier parti, Gaïus et Justinien ajoutent que cette faute ne s'apprécie pas *ad exactissimam diligentiam*, que chaque associé devra seulement aux affaires communes le même soin qu'il apporte habituellement à ses propres affaires; tandis que la faute du commodataire et du *negotiorum gestor* s'apprécie d'une autre manière. L'un et l'autre doivent DILIGENTIAM (5), EXACTAM DILIGENTIAM (6) OU EXACTISSIMAM DILIGENTIAM (7), en ce sens que le soin habituel qu'ils ont pour eux-mêmes ne suffit pas, du moins lorsqu'il est vrai qu'avec plus de soin on aurait ou conservé ce que le commodataire a laissé périr (8) ou administré plus utilement que le gérant (9). En effet, lorsqu'un homme est habituellement aussi soigneux que tout autre, on ne peut rien exiger de plus; dans le cas contraire, le commodataire, le *negotiorum gestor*, négligents pour eux-mêmes, ne le seraient pas impunément pour autrui.

La faute proprement dite s'apprécie donc tantôt dans un sens relatif, d'après les habitudes personnelles de ceux à qui on l'impute, tantôt dans un sens absolu, indépendamment de ces mêmes habitudes. De là vient la distinction de plusieurs interprètes sur la faute appréciée soit *in concreto*, soit *in abstracto* (a); ces expressions ne se rencontrent pas dans les

(1) §§ 2 et 4, *quib. mod. re contr.*; § 1, *de obl. quasi ex contr.*; *Gaius*, *fr.* 1, § 4, *de obl. et act.*; *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*; *fr.* 5, § 2, *commod.* — (2) *Fr.* 72, *pro soc.* — (3) *Text. hic.* — (4) § 3, *quib. mod. re contrah.* — (5) *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.* — (6) § 2, *quib. mod. re contrah.* — (7) § 1, *de obl. quasi ex contract.*; *fr.* 1, § 4, *de obl. et act.* — (8) § 2, *quib. mod. re contrah.* — (9) § 1. *de obl. quasi ex contract.*

(a) Voyez Heineccius (*Element. jur.*, § 787). Il faut prendre garde de confondre la faute légère *in concreto* avec la faute grave que l'on assimile au dol. Celsus (*fr.*

textes, mais elles résument exactement la distinction précédente.

1073. Voyons maintenant d'après quel principe se distinguent les obligations qui nous astreignent à répondre, les unes du dol seulement, ce qui comprend toujours le dol et la faute grave, les autres du dol et de la faute légère ou faute proprement dite avec ou sans diligence.

Le dépositaire n'est tenu que de son dol ([1]), parce qu'il rend un service gratuit ([2]), et sous ce rapport il diffère essentiellement des personnes qui, en s'imposant d'autres obligations, y trouvent un avantage, une utilité quelconque, comme dans la vente, le louage, la société, le gage, etc. Dans ces différents cas, on est tenu de la faute proprement dite. Il en est de même dans la société, parce qu'elle se contracte toujours dans l'intérêt commun des associés; mais à leur égard la faute s'apprécie toujours *in concreto*. La raison en serait, d'après notre texte, que le choix d'un associé négligent est une imprudence que chacun ne doit imputer qu'à soi-même; cependant les cohéritiers et les colégataires qui ne se choisissent pas, sont soumis à la même responsabilité. Le soin que chacun d'eux apporte habituellement dans ses propres affaires suffit pour les affaires communes, précisément parce que ces affaires étant les siennes, au moins pour partie, il se trouve naturellement appelé à les gérer *propter suam partem causam habuit gerendi* ([3]). La même raison s'applique aux associés, et surtout au propriétaire qui doit remettre sa chose à autrui après un certain temps ou sous certaines conditions, comme le mari à l'égard des biens dotaux, comme l'héritier ou le légataire à l'égard des choses qu'un fidéicommis l'oblige à resti-

([1]) § 3, *quib. mod. re contrah.*— ([2]) *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*— ([3]) *Paul. fr.* 25, § 16, *famil. ercisc.*

32, *depos.*) décide, il est vrai, que pour commettre une faute grave et même un dol, il suffit de ne pas mettre aux affaires ou à la chose d'autrui le même soin qu'aux siennes; mais Celsus parle d'une personne que sa négligence habituelle ravale, pour ainsi dire, au-dessous de l'espèce humaine, *non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens*, et qui cependant serait encore plus négligente pour autrui que pour soi-même. Evidemment ce n'est là qu'une hypothèse particulière; mais la décision de Celsus et l'ancien dissentiment qu'il constate nous montrent comment plus tard, c'est-à-dire au second et au troisième siècle, la faute grave a été comprise dans le dol.

tuer : le soin qu'ils doivent est celui qu'ils donnent habituellement à leurs propres affaires (*a*).

1074. En sens inverse et par un motif directement opposé, la faute du *negotiorum gestor* s'apprécie *ad exactissimam diligentiam* ([1]). En effet, il n'a pas, comme les précédents, *causam gerendi*. Il administre gratuitement, sans doute, mais spontanément. Au lieu d'attendre qu'on lui offre la gestion, il s'en empare : or il est certain qu'en s'offrant à l'obligation on prend par cela même une responsabilité plus étendue ; nous en avons pour exemple le dépositaire qui *se obtulit deposito* ([2]). Le mandataire n'est pas dans le même cas ; cependant on lui impose la même responsabilité qu'au *negotiorum gestor* (*b*), par cette raison sans doute que le mandat suppose entre les contractants une amitié, une affection que blesserait la moindre négligence. Aussi l'exécution du mandat est-elle une affaire d'honneur autant que d'intérêt ([3]).

Le vendeur jusqu'à la tradition ([4]), le créancier nanti d'un gage ([5]), le locataire qui détient la chose louée ([6]), sont tenus du dol et de la faute proprement dite, parce que leur obligation n'est pas entièrement désintéressée comme celle du dépositaire ([7]) ; et comme ils n'ont pas *causam gerendi*, comme ils n'ont rien à craindre des cas fortuits que les associés, les cohéritiers et autres copropriétaires supportent en commun, la faute du vendeur, du locataire et du créancier gagiste s'apprécie *in abstracto ;* en d'autres termes ils répondent du défaut de diligence ([8]). Il en est de même, à plus forte raison, du commodataire à qui le contrat procure un avantage exclusif ([9]). Cette dernière circonstance n'est donc qu'une considération secondaire qui explique péremptoirement pourquoi la responsabilité du commodataire égale la responsabilité du vendeur et

([1]) § 1, *de obl. quasi ex contract.* — ([2]) *Ulp. fr.* 1, § 35, *deposit.* — ([3]) *Constant. C.* 21, *mandat.* V. *Cicér. pro Rosc. Amer.* 38. — ([4]) *Paul. fr.* 3, *de pericul. et commod.* — ([5]) § 4, *quib. mod. re ; Ulp. fr.* 13, § 1, *de pigner. act.* — ([6]) § 5, *de locat. et cond.* — ([7]) *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.* — ([8]) *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.* — ([9]) *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.* ; *d. fr.* 28, *de reg. jur.*

(*a*) *Ulp. fr.* 24, § 5, *solut. matrim.* ; *fr.* 22, § 3, *ad sc. trebell.* Il faut supposer, relativement au légataire, que le fidéicommis dont il est grevé ne le laisse pas sans avantage ; car autrement il ne répondrait que de son dol. (*Afric. fr.* 108, § 12, *de legat.*, 1°.)

(*b*) *Diocl. et Max. C.* 11 et 13 ; *Constant. C.* 21, *mandat.* ; *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.* Voyez cependant le même Ulpien (*fr.* 8, § 10 ; *fr.* 10, *mandat.*).

du créancier gagiste, mais qui ne suffit pas pour élever la première au-dessus de la seconde [1]; car, ainsi qu'on l'a déjà dit, entre le cas fortuit et la faute légère *in abstracto*, il n'existe point de faute, point de responsabilité intermédiaire.

1075. Cependant une doctrine qui a longtemps prévalu reconnaît entre le cas fortuit et la faute appréciée *in abstracto*, une autre faute que l'on nomme très légère ; et par une distribution trop symétrique peut-être pour être parfaitement vraie, les partisans de ce système opposent les personnes qui s'obligent gratuitement, comme le dépositaire, aux personnes qui tirent du contrat un avantage exclusif, et spécialement au commodataire. Ils limitent la responsabilité des premières au dol et à la faute grave, comme ci-dessus ; mais ils étendent la responsabilité des secondes jusqu'à la faute très légère, tandis qu'entre ces deux extrêmes la faute légère forme un terme moyen pour la vente, le gage, la société, et les autres contrats qui offrent aux parties des avantages réciproques.

Pour accorder ce système avec les textes, on invoque les superlatifs de Gaïus, *diligentissimus paterfamilias* ou *exactissima diligentia*, et lorsqu'on les trouve appliqués au commodataire [2], on en tire une conclusion victorieuse ; mais bientôt les mêmes superlatifs se rencontrent en matière de louage [3], et le positif *exacta diligentia* replace sur la même ligne le commodat et le gage [4] : alors, pour l'honneur du système, on déclare que le superlatif est employé abusivement pour le positif, et réciproquement. Cette ressource, quoique très commode, n'explique pas les décisions formelles qui, d'une part, assimilent le commodat au gage [5], et d'autre part établissent une si grande différence entre la responsabilité du dépositaire et la responsabilité non moins gratuite du *negotiorum gestor*. Il faut nécessairement admettre des exceptions, et alors elles deviennent trop nombreuses pour ne pas anéantir la règle.

D'un autre côté, ce système confond la société avec la vente, le louage et autres contrats qui se forment dans l'intérêt commun des parties; il établit à leur égard une responsabilité moyenne, qui devient la même pour tous, et aboutit à deux

(1) *Ulp. et Pap. fr.* 17, § 2, *de præscr. verb.* — (2) *Gaïus, fr.* 18, *commod.*; *fr.* 1, § 4, *de obl. et act.* — (3) § 5, *de locat. et cond.* — (4) §§ 2 *et* 4, *quib. mod. re contrah.* — (5) *Ulp. fr.* 14, § 1, *de pigner. act.*; *fr.* 23, *de reg. jur.*; *Paul. fr.* 3, *de pericul. et commod.*

conséquences contradictoires, mais également fausses, savoir : que les soins habituels du vendeur pour sa propre chose suffisent aux affaires sociales [1], ou, en sens inverse, que ces mêmes soins ne suffisent pas à l'associé, puisqu'ils ne suffisent pas au vendeur [2].

1076. C'est sur le commodat que porte toute la difficulté de cette doctrine ; car, pour la soutenir, il faut séparer le commodat de tous les contrats qui procurent des avantages réciproques. On cite dans ce sens quelques textes qu'il faut examiner.

Justinien [3] demande quels soins le créancier doit à la conservation du gage, et décide qu'il suffira (*placuit sufficere*) d'y apporter *exactam diligentiam*, parce que le contrat se forme dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier. De ce raisonnement on conclut *a contrario*, que l'*exacta diligentia* ne suffirait pas au créancier, s'il recueillait seul tous les avantages du contrat, et conséquemment qu'elle ne suffit pas au commodataire ; mais telle n'est pas la conclusion du texte. La responsabilité dont il décharge le créancier n'est pas celle d'une négligence ou d'une faute quelconque ; c'est la responsabilité des cas fortuits [4]. Dans ce sens, le créancier gagiste ne diffère plus du commodataire ; l'un et l'autre sont exempts de toute responsabilité pour les cas fortuits ; l'un et l'autre doivent *exactam diligentiam* [5].

Gaïus [6] suppose un commodat exceptionnel qui profite aux deux parties : l'une d'elles reçoit l'argenterie de l'autre pour un repas qu'il s'agit d'offrir à un ami commun, et Gaïus exige pour cette argenterie le même soin qu'on exige du mari pour les biens dotaux ou du créancier pour le gage, *in rebus pignori datis et dotalibus*.

On aperçoit facilement toute la différence que cette similitude exceptionnelle établirait entre le gage et le commodat ordinaire ; mais ce n'est pas seulement aux choses données en gage que l'on compare ici l'argenterie prêtée : on la compare également aux choses dotales. Or, relativement à ces dernières, la responsabilité du mari diffère essentiellement de la respon-

(1) *Text. hic ; Gaius, fr. 72, pro soc.* — (2) *Paul. d. fr. 3, de peric. et commod.* — (3) *§ 4, quib. mod. re contrah.* — (4) *§ 4, in fin., eod. V. Paul. fr. 30, de pigner. act. ; Sever. et Anton. C. 6, eod.* — (5) *§§ 2 et 4, quib. mod. re contrah. V. Ulp. fr. 13, § 1, de pigner. act.* — (6) *Fr. 18, commod.*

sabilité du créancier gagiste, et se confond au contraire avec celle des associés. C'est une sorte de société, en effet, qui se forme entre le prêteur et l'emprunteur; aussi Gaïus raisonne-t-il sur ce contrat comme il a raisonné sur la société [1]. Plusieurs jurisconsultes voulaient que, dans ce cas, le commodataire répondît uniquement du dol; Gaïus décide qu'il répondra aussi de la faute, en expliquant aussitôt que la faute dont il entend parler est celle dont le mari est tenu relativement aux biens dotaux. Ainsi, dans ce cas, la faute du commodataire s'appréciera comme celle du mari et des associés, d'après les soins qu'il donne habituellement à ses propres affaires [2], c'est-à-dire qu'il est tenu de la faute légère *in concreto.* Mais pourquoi, dans ce sens, assimiler les choses dotales aux choses données en gage? A cet égard, je ferai observer qu'il existait du temps de Gaïus une sorte de gage qui rendait le créancier propriétaire, et lui imposait, selon toute vraisemblance, la responsabilité qu'on impose au mari et aux associés. Cette espèce de gage se nommait *fiducia* [955] : Gaïus [3] a pu écrire *rebus* FIDUCIÆ *datis*, et plus tard on a dû supprimer dans les Pandectes le nom d'un contrat tombé en désuétude. Une correction qui se présente d'elle-même aura dicté *rebus* PIGNORI *datis.*

1077. Ulpien [4] examine quelle doit être la responsabilité du commodataire, et à cette occasion il oppose le dépôt à d'autres contrats, tels que la vente, le louage, la constitution dotale, le gage et la société. Le dépositaire s'oblige gratuitement, et ne répond que de son dol; les autres contrats se forment pour l'avantage respectif de toutes les parties, et obligent à répondre du dol et de la faute. Quant au commodat, les avantages en sont tous pour le commodataire, et conséquemment on exige qu'il se montre diligent, *et culpam præstandam et diligentiam.*

Le commodataire est-il donc le seul dont on exige *diligentiam?* L'affirmative serait démentie par les décisions qui tantôt soumettent le vendeur à cette même diligence [5], et même à toute la diligence possible, *omnem diligentiam* [6], tantôt assimilent le commodataire au vendeur [7] et au créancier ga-

[1] *Text. hic; fr.* 72, *pro soc.* — [2] *Text. hic; Ulp. fr.* 24, § 5, *solut. matrim.* — [3] *Fr.* 18, *commod.* — [4] *Fr.* 5, § 2, *commod.* — [5] *Paul. fr.* 36, *de act. empt.; Procul. fr.* 68, *de contrah. empt.* — [6] *Paul. fr.* 10, § 9, *de damn. infect.* — [7] *Paul. fr.* 3, *de pericul. et commod.*

giste (1). Ulpien, dans le passage dont il s'agit, s'est donc expliqué d'une manière incomplète, ou, pour mieux dire, il ne s'est expliqué que sur deux contrats, le dépôt et le commodat. Quant aux autres contrats, Ulpien, qui ne s'en occupe que par occasion, décide que le vendeur, le locataire, le mari, le créancier gagiste et les associés répondront tous de la faute, sans dire comment cette faute doit être appréciée, parce que sur ce point il n'existe plus de règle générale. Le mari et l'associé sont tenus de la faute *in concreto;* tandis que le vendeur, le locataire et le créancier gagiste en sont tenus *in abstracto* [1073, 1074]. Quant au commodataire, dont il s'agit spécialement, et à l'occasion duquel s'est élevée la question de responsabilité, il se trouve dans l'obligation qu'il contracte un avantage, et même un avantage exclusif; c'est une raison décisive pour qu'il soit tenu de la faute *in abstracto.* Ulpien ne dit pas autre chose, lorsqu'il exige *culpam et diligentiam;* la responsabilité que cette dernière expression impose au commodataire n'excède pas la responsabilité des vendeur, locataire, créancier gagiste, etc.

Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner un autre texte (2) où le même jurisconsulte distingue les obligations qui n'imposent d'autre responsabilité que celle du dol, et les obligations où l'on répond en outre de la faute. Ces dernières se subdivisent en deux classes dont la première comprend le mandat, le commodat, le louage, la vente, le gage, etc.; et pour expliquer comment la faute s'apprécie dans ces différents cas, Ulpien ajoute *in his diligentiam.* La société et la communauté qui viennent dans la seconde classe obligent à répondre du dol et de la faute; mais alors Ulpien ne parle plus de la diligence.

1078. En résumé, nous reconnaîtrons non pas précisément trois fautes, mais trois degrés de responsabilité, savoir : 1° le dol et la faute grave, 2° la faute légère *in concreto*, 3° la faute légère *in abstracto;* et pour leur application nous distinguerons, 1° si la personne qui reçoit et garde une chose pour la rendre, s'oblige gratuitement ou obtient un avantage quelconque : dans le premier cas, elle est tenue seulement du dol et de la faute grave; dans le second, elle est toujours tenue de la faute proprement dite ou faute légère. Lorsqu'on veut savoir comment cette

(1) *Ulp. fr. 13, § 1, de pigner. act.* — (2) *Fr. 23, de reg. jur.*

faute s'apprécie, il faut distinguer, 2° si le contrat se forme dans un intérêt mutuel, comme le gage et la société, ou dans l'intérêt exclusif du débiteur, et par exemple du commodataire. Lorsque les avantages sont réciproques, la faute s'apprécie quelquefois *in concreto*, comme dans la société, le plus souvent *in abstracto*. L'avantage exclusif du commodataire l'oblige toujours dans ce dernier sens; et de là résulte une différence réelle entre le commodat et la société, mais cette différence disparaît dès que l'on compare le commodataire au vendeur, au locataire, au créancier gagiste, etc. On abuse des distinctions précédentes, lorsqu'on en conclut que les obligations formées dans un intérêt réciproque imposent toutes la même responsabilité, et toutes une responsabilité moins étendue que les obligations formées dans l'intérêt exclusif de l'obligé.

Un point constant dans une matière si controversée, c'est que les contractants peuvent étendre ou restreindre à leur gré la responsabilité qui résulte du contrat. Les règles précédentes s'appliquent seulement à défaut de conventions, du moins quant aux fautes (1); car, pour le dol, nul ne peut convenir qu'il n'en sera pas tenu (2).

(1) § 2, *de bon. vi. rapt.*; § 3, *de empt. vend.* — (2) *Ulp.*, *fr.* 23, *de reg. jur.*

TITRE XXVI.

DU MANDAT.

Le mandat se contracte de cinq manières. Ainsi une personne vous donne mandat pour elle seule, ou pour elle et pour vous, ou pour un tiers seulement, ou pour elle et pour un tiers, ou pour vous et pour un tiers. Le mandat qu'on vous donnerait pour vous seul est superflu, et conséquemment ne produit entre les parties, ni obligation quelconque, ni action de mandat.

1. Le mandat se forme pour le mandant seul, par exemple, lors-

TITULUS XXVI.

DE MANDATO.

Mandatum contrahitur quinque modis : sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est, et ob id nulla obligatio nec mandati inter vos actio nascitur.

1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum : veluti,

si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

qu'il vous charge de gérer ses affaires, ou de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

2. Tua et mandantis: veluti, si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur; aut si, volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis (1), vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.

2. Le mandat se forme pour le mandant et pour vous, par exemple, lorsqu'on vous mande de prêter à intérêt les sommes qu'un tiers emprunte pour les affaires du mandant; lorsqu'un fidéjusseur que vous voulez poursuivre en cette qualité, vous mande de poursuivre le débiteur aux risques de lui mandant (1); ou lorsque votre débiteur vous mande de stipuler à ses risques, d'une personne qu'il vous délègue à raison de ce qu'il vous devait.

3. Aliena autem causa intervenit mandatum: veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

3. Le mandat intervient pour un tiers, par exemple, lorsqu'on vous mande de gérer les affaires de Titius, de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

4. Sua et aliena: veluti, si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo et Titio sponderes.

4. Il intervient pour un tiers et pour le mandant, par exemple, lorsqu'une personne vous mande de gérer des affaires qui lui sont communes avec Titius, d'acheter un fonds pour Titius et pour elle, ou de les cautionner, elle et Titius.

5. Tua et aliena: veluti,

5. Il intervient pour le man-

(1) Generaliter sancimus quemadmodum in mandatoribus statutum est (V. *Paul.*, 2 *sent.* 17, § 26), ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fidejussoribus observari,... Et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei, alterum liberari; vel ipsum reum, fidejussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri.

Idemque et in duobus rei promittendi constituimus. (*Justin. C.* 28, *de fidej.*)

(1) Nous avons décidé que la règle déjà établie à l'égard des mandants, et d'après laquelle les poursuites exercées contre l'un d'eux ne libèrent point les autres, serait également observée à l'égard des fidéjusseurs. Conséquemment nous décidons, en principe général, qu'en s'adressant, soit à l'un des fidéjusseurs, soit au débiteur lui-même, on ne libérera point les autres fidéjusseurs; et qu'en s'adressant, soit aux fidéjusseurs, soit à l'un d'eux, on ne libérera point le débiteur.

Nous adoptons la même décision à l'égard des copromettants.

dataire et pour un tiers, par exemple, lorsqu'on vous mande de prêter à intérêt, car le mandat de prêter sans intérêt serait tout en faveur d'un tiers.

6. Le mandat intervient pour le mandataire seul, par exemple, lorsqu'on vous mande de placer votre argent en acquisitions d'immeubles, plutôt que de le prêter à intérêt ; ou au contraire de prêter votre argent à intérêt, plutôt que de l'employer en acquisitions. Un semblable mandat est plutôt un conseil qu'un mandat : aussi n'est-il pas obligatoire; car les conseils, lors même qu'ils ne profitent pas à celui qui les reçoit, n'obligent point celui qui les donne, chacun étant libre d'apprécier par soi-même quel en est le mérite. Conséquemment, si lorsque vous avez chez vous des fonds inactifs, quelqu'un vous engage à faire une acquisition ou un prêt, quoique l'achat ou le prêt ne vous soit point avantageux, cependant vous n'aurez pas l'action de mandat. Cela est si vrai, qu'on a douté si vous auriez l'action de mandat contre la personne qui vous manderait de prêter à Titius. D'après Sabinus, dont l'opinion a prévalu, ce mandat est obligatoire, parce que vous n'auriez pas prêté à Titius si on ne vous l'avait point mandé.

7. Le mandat contraire aux bonnes mœurs n'est pas obligatoire; par exemple, si Titius vous mande de faire un vol, un dommage, une injure. Et quoique

si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

6. Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces quam fœneres; vel ex diverso, ut fœneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, eam crederes; quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.

7. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est : veluti, si Titius de furto aut de damno faciendo, aut de in-

juria facienda tibi mandet; licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

8. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati, ut ecce: si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere. Alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem; quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur.

9. Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo

vous en ayez subi la peine, vous n'avez cependant aucune action contre Titius.

8. Celui qui exécute un mandat ne doit pas en excéder les bornes. Ainsi lorsqu'on vous a mandé, soit d'acheter un fonds, soit de cautionner Titius, en vous fixant la somme de cent, vous ne devez ni acheter ni cautionner pour une plus forte somme; autrement vous n'aurez pas l'action de mandat. Sabinus et Cassius ont même été jusqu'à prétendre que votre action, quoique restreinte à la somme de cent, n'en serait pas moins inutile. Les sectateurs de l'école opposée pensent que vous agirez valablement jusqu'à concurrence de cent; et cette opinion est certainement la plus équitable. Si vous achetez pour un prix inférieur à la somme fixée par le mandat, vous aurez action contre lui; car le mandat d'acheter pour la somme de cent suppose toujours celui d'acheter à meilleur marché, s'il est possible.

9. Le mandat régulièrement contracté s'évanouit, lorsqu'on le révoque avant qu'il ait reçu aucune exécution.

10. Le mandat qui n'a point encore eu d'exécution se dissout aussi par la mort, soit du mandant, soit du mandataire. Toutefois des motifs d'utilité ont fait admettre que si, après la mort de votre mandant et dans l'igno-

rance de son décès, vous exécutez le mandat, vous pourrez agir par l'action *mandati*, parce qu'une erreur légitime et plausible ne doit pas tourner à votre détriment. On a décidé par analogie que, lorsque Titius affranchit son intendant, le paiement fait à l'affranchi libère les débiteurs qui ont ignoré l'affranchissement; tandis que, dans la rigueur du droit, ils ne pourraient pas être libérés, puisqu'ils ont fait à une personne le paiement qu'ils devaient faire à une autre.

mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione; alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum adferet. Et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberto solverint, liberari eos; cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent quam cui solvere debuerint.

11. Chacun est libre de ne pas accepter un mandat; mais après l'avoir accepté, il faut le remplir ou avertir le mandant le plus promptement possible, pour qu'il exécute le même fait par lui-même ou par un autre. En effet, si l'avertissement donné au mandant ne lui laisse pas toute la latitude nécessaire pour accomplir le même fait, l'action de mandat n'en a pas moins lieu, excepté lorsque de justes motifs ont empêché d'avertir à temps.

11. Mandatum non suscipere cuilibet liberum est. Susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum ut per semetipsum aut per alium eamdem rem mandator exequatur : nam nisi ita renuntiatur ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi justa causa intercessit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.

12. Le mandat peut être différé à terme, et donné sous condition.

12. Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

13. Enfin le mandat, lorsqu'il n'est pas gratuit, dégénère en une autre obligation; car la fixation d'un salaire suffit pour constituer un louage; et pour le dire en règle générale, dans tous les cas où un engagement gratuit formerait soit un mandat, soit un dépôt, l'exis-

13. In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio

mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

lence d'un salaire constitue le contrat de louage. Conséquemment, si l'on remet un habit au foulon pour le nettoyer, ou au tailleur pour le raccommoder, sans fixer et sans promettre aucun salaire, l'action de mandat lui appartient.

EXPLICATION.

1079. Le mandat n'est, à proprement parler, qu'une mission ou commission gratuite (1) dont l'acceptation expresse ou tacite forme un contrat, et par suite produit des obligations respectives d'où résultent les actions *mandati* (2), directe ou *contraria*, selon qu'elles sont exercées par le mandant contre le mandataire, ou par le mandataire contre le mandant (3).

L'action directe s'exerce contre le mandataire pour la réparation du tort que fait éprouver au mandant l'inexécution du mandat (4), ou sa mauvaise exécution (5). Lors, au contraire, que le mandat est fidèlement rempli, le mandataire, qui ne doit rien retenir en cette qualité (6), est encore contraint de remettre tout ce qu'il a reçu ou acquis par suite du mandat (7), et conséquemment de céder les actions qu'il aurait acquises contre des tiers (8), par exemple contre ceux auxquels il a été chargé de prêter.

Réciproquement, l'action *contraria* s'exerce contre le mandant pour le contraindre à recevoir les choses acquises par le mandataire, à en rembourser le prix, et en général à rendre tout ce que le mandataire a payé ou dépensé (9), en un mot, tout ce que lui a coûté l'exécution du mandat (10); enfin, le mandataire qui a contracté des obligations peut agir contre le man-

(1) § 13, *h. t.* — (2) *Pr.* §§ 6, 8, 10 *et* 11, *h. t.* — (3) § 2, *de pœn. tem. lit.*; *Ulp. fr.* 12, §§ 7 *et* 9, *mandat.* — (4) § 11, *h. t.*; *Gaius, fr.* 27, § 2, *mandat.* — (5) *Ulp. fr.* 40, *eod.* — (6) *Paul. fr.* 20, *eod.* — (7) *Ulp. fr.* 8, § 10, *mandat.* V. *Paul. fr.* 13, § 2, *de usurp.* — (8) *Ulp. fr.* 43; *fr.* 10, § 6; *Paul. fr.* 59, *mandat.* — (9) § 6, *de fidej.*; *Ulp. fr.* 12, § 9, *eod.* — (10) *Paul. fr.* 45, § 6; *fr.* 26, § 7, *eod.*

dant, si ce dernier ne satisfait pas les créanciers ou ne garantit pas le mandataire contre leurs actions (*a*).

§§ VII et XII.

1080. Le mandat peut être pur et simple, conditionnel ou à terme (*b*), pourvu qu'il ne soit jamais contraire aux mœurs [1]. A cet égard, il en est du mandat comme de la société, et de tout autre contrat formé dans un but illicite [992]; par exemple, pour commettre ou engager à commettre un délit quelconque. Dans ce cas, il ne produit aucune obligation entre les contractants [2], et si le délit commis par le mandataire en exécution du mandat l'expose à des condamnations pénales, il n'a aucune indemnité à réclamer du mandant [3].

§ XIII.

1081. Le mandat gratuit, comme le dépôt et le commodat, se change comme eux en un louage, quand les services d'une partie sont ou doivent être rétribués par un salaire [4], pourvu toutefois que les services dont il s'agit soient susceptibles d'être appréciés et payés, comme le travail des ouvriers que notre texte prend pour exemple. Il existe en effet beaucoup d'autres cas où l'on prête son ministère à une personne, en faisant pour elle des choses pécuniairement inappréciables par leur nature, des choses qui ne peuvent devenir l'objet d'un louage et dont l'exécution, lors même qu'elle n'est pas entièrement gratuite, conserve toujours le caractère d'un bon office qui ne se paie pas, quoiqu'il devienne quelquefois l'objet d'une reconnaissance rémunératoire [5]. C'est à ce titre que les avocats, les médecins, etc., reçoivent des honoraires [6], qui peuvent aussi appar-

[1] § 7, *h. t.* — [2] *Gaius, fr.* 35, § 2, *de contrah. empt.* — [3] § 7, *in fin., h. t.; Paul. fr.* 22, § 6, *mandat.; Ulp. fr.* 1, § 14, *de tut. et rat. distrah.* — [4] *Text. hic*; § 2, *quib. mod. re contrah.* — [5] *Ulp. fr.* 1, *si mens fals. mod.* V. *Paul. fr.* 5, §§ 2 *et* 4, *de præscr. verb.* — [6] *Ulp. fr.* 1, *pr.*, §§ 1 *et* 10, *de extraord. cognit.*

(*a*) *Paul. fr.* 45, *pr. et* § 2, *mandat.* Le fidéjusseur qui s'oblige en exécution du mandat donné par le débiteur principal ne peut exercer l'action *mandati* qu'après avoir payé ou après avoir été condamné à payer le créancier. (*Gordian. fr.* 6, *mand.* V. *Scævol. fr.* 45, *de fidej.*) Telle est du moins la règle générale. (V. *Marcel. fr.* 38, § 1, *mand.*)

(*b*) Le mandat qui ne doit s'exécuter qu'après la mort du mandataire n'est pas valable, parce qu'en général les héritiers ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivis par une action qui n'a pu être exercée ni par le défunt ni contre lui [1012] (*Gaius* 3 *inst.* 158). La même raison s'appliquait sans doute aux héritiers du mandant. Cependant je puis charger une personne d'affranchir après ma mort un esclave dont

tenir au mandataire, lorsqu'ils ont été fixés par une convention expresse ([1]).

Les honoraires dont nous parlons ne se demandent ni par l'action *mandati*, ni par aucune autre action [1336]. C'est un des cas sur lesquels le magistrat statue lui-même *extra ordinem* ([2]).

PR. § I et IV.

1082. En distinguant les personnes pour l'avantage de qui le mandat est donné, Justinien établit, d'après Gaïus ([3]), une division sextuple qui n'offre aucune difficulté. Les exemples du texte font suffisamment connaître les mandats contractés pour l'avantage, soit du mandant seul ([4]), soit du mandant et d'une tierce personne ([5]). Quatre autres cas restent à expliquer.

§ II.

1083. Nous avons ici trois exemples du mandat contracté pour l'avantage réciproque du mandant et du mandataire. Le premier ne souffre aucune difficulté. Le second suppose un créancier sur le point d'agir contre un fidéjusseur (*ex fidejussoria causa*), en vertu du droit qui lui appartient de poursuivre à son choix le débiteur principal ou le fidéjusseur [1023]. Ce créancier n'a pas encore agi; il est seulement dans l'intention d'agir (*volente te agere*); ayant encore le choix, il peut donc changer d'intention et s'adresser au débiteur principal. C'est en effet ce dernier que le créancier va poursuivre, mais aux risques et périls du fidéjusseur qui le lui a mandé (*periculo mandantis*). Dans ce cas, la fidéjussion est éteinte [1023]; mais le mandat subsiste, et si le débiteur ne remplit pas entièrement son obligation, le créancier aura l'action *mandati* contre le mandant qui n'est plus fidéjusseur ([6]). Ainsi le mandant se soustrait, du moins pour un temps, à la nécessité de payer la dette d'autrui, et le créancier mandataire acquiert, par un nouveau

([1]) *Ulp. fr.* 6; *Paul. fr.* 56, § 3, *mandat.*; *Diocl. et Max. C.* 17, *eod.* — ([2]) *Pap. fr.* 7, *eod.*; *Sever. et Ant. C.* 1, *eod.*; *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1 *et seqq.*, *de extraord. cognit.* — ([3]) *Fr.* 2, *h. t.* — ([4]) § 1, *h. t.* — ([5]) *Paul. fr.* 45, § 8, *mandat.*; *fr.* 22, § 2, *eod.*

---

je lui transfère actuellement la propriété, de me construire un tombeau ou de faire une acquisition pour mes héritiers, le tout *post mortem meam;* sans doute parce que, dans ces différents cas, je puis, de mon vivant, ou agir contre mon mandataire pour reprendre l'esclave, ou être poursuivi par mon mandataire, par exemple, s'il a fait quelque dépense pour se préparer à l'exécution du mandat (*Ulp. fr.* 12, § 17; *Gaius, fr.* 13 *et* 27, *mandat.*). De semblables exemples ne forment donc pas exception à la règle [1013].

contrat, la faculté de poursuivre successivement deux personnes au lieu d'une.

Les mêmes avantages se présentent, avec la même réciprocité, dans le troisième exemple. Votre débiteur vous délègue jusqu'à concurrence de ce qu'il vous doit (*in id quod tibi debuerat*) son propre débiteur, pour qu'il s'oblige envers vous par une stipulation (*stipuleris ab eo*) qui opère novation, et libère le déléguant envers vous [1117]. Toutefois vous ne stipulez pas spontanément : ici, comme dans l'exemple précédent, votre débiteur vous donne un mandat, que vous exécutez à ses risques et périls (*ipsius periculo*), en acceptant un nouveau débiteur à sa place. Conséquemment, si ce dernier ne paie pas, vous aurez l'action de mandat contre le débiteur primitif (1).

§§ III et V.

1084. Les contrats dont l'exécution est indifférente aux contractants ne produisent aucune action [1004], parce que nul ne peut agir sans intérêt (2). Cette règle générale ne souffre point d'exception dans le mandat, car l'action *mandati* directe ne commence qu'avec l'intérêt des mandants, sans jamais le précéder ni le dépasser : aussi n'avons-nous point d'action pour nous plaindre de l'inexécution du mandat, lorsqu'elle ne nous cause aucun préjudice (3).

S'il en est ainsi pour nos propres affaires, il en sera de même, à plus forte raison, pour celles d'autrui ; le mandat donné pour l'avantage exclusif d'une tierce personne (*aliena tantum causa*) laisse toujours le mandant sans intérêt, et par conséquent sans action contre le mandataire qui ne remplit pas sa mission. Ce mandat n'est donc pas obligatoire ; mais si le mandataire l'exécute, il pourra se faire indemniser par le mandant, quoique l'opération n'intéresse en aucune façon ce dernier (4). De là naît contre le mandant l'action *mandati contraria*, et par suite un intérêt qu'il n'avait pas d'abord : aussi a-t-il l'action directe, CUM COEPIT INTERESSE EJUS (5), par exemple s'il arrive que pour avoir chargé une personne des affaires d'une autre, je sois responsable envers cette dernière de la gestion entreprise par mes ordres (6).

La même explication s'applique dans le cas où l'avantage des

(1) *Paul. fr.* 22, § 2 ; *fr.* 45, § 7, *mandat.* — (2) *Julian. fr.* 32, *locat. cond.* — (3) *Ulp. fr.* 8, § 6, *mandat.* — (4) *Ulp. fr.* 6, § 5, *eod.* — (5) *Ulp. fr.* 8, § 6, *eod.* — (6) *Javol. fr.* 28, *de negot. gest.*

tiers se combine avec l'avantage du mandataire [1]; celui-ci n'en est alors que plus disposé à exécuter le mandat, mais du reste l'intérêt qu'il y trouve n'ajoute rien à l'obligation, et ne lui donne aucune force.

1085. En effet, le mandat reste complétement inutile, lorsqu'il n'intéresse que le mandataire (*tua tantum gratia*). Celui-ci n'est pas tenu de l'exécuter; en cas d'exécution, s'il éprouve un préjudice, on ne lui doit aucune indemnité [2], parce que ce n'est pas véritablement un mandat qu'il remplit, c'est plutôt un avis, un conseil qu'il suit [3]; or le conseil donné de bonne foi n'oblige pas son auteur [4]. Un avis, bon ou mauvais, n'est pas une volonté, mais seulement une opinion que chacun doit apprécier par soi-même, que l'on adopte et que l'on s'approprie, sans y obéir. Le mandat, au contraire, suppose une volonté personnelle du mandant; ce serait un commandement, un *jussus*, s'il ne s'adressait pas à une personne qui est libre de le refuser [124], et qui, en l'acceptant, se soumet par complaisance à faire ce qu'elle n'aurait pas fait spontanément.

Ainsi, par exemple, des personnes qui n'accepteraient pas sans garantie l'hérédité qui leur est déférée, se portent quelquefois héritiers quand les créanciers le leur mandent. Dans ce cas et autres semblables [5], le mandat, quoique reçu par le mandataire dans une affaire qui lui est propre, dépasse les bornes d'un conseil et oblige celui qui l'a donné. Pareillement, dans le dernier exemple de notre texte, je n'aurais rien prêté à Titius, si je n'avais pas eu, de votre part, un mandat qui devient ma garantie.

§ VI.

1086. D'après ce que nous avons vu jusqu'ici, l'exécution du mandat devient souvent l'occasion de nouveaux engagements que le mandataire prend envers d'autres personnes, par exemple, en gérant leurs affaires [6], en se portant fidéjusseur pour ce qui leur est dû [7]. Réciproquement aussi le mandataire oblige d'autres personnes envers lui; notamment lorsqu'il fait un prêt : alors le mandataire a, contre ces personnes, l'action

(1) § 5, *h. t.* — (2) *Text. hic; pr., h. t.* — (3) *Text. hic; Gaius, fr.* 2, § 6, *mandat.* — (4) *Ulp. fr.* 47, *de reg. jur.* — (5) *Julian. fr.* 32; *Ulp. fr.* 6; § 5, *mandat.* — (6) § 3, *h. t.* — (7) § 1, 2, 3 *et* 4, *h. t.*

résultant de leur propre contrat, et contre le mandant l'action *mandati contraria* ([1]), en sorte que les créances du mandataire contre les tiers qui ont contracté avec lui se trouvent garanties par l'obligation du mandant, comme elles pourraient l'être par l'obligation d'un fidéjusseur ([2]). Cependant on n'appliquait pas au MANDATOR ([3]) la règle qui déclare le fidéjusseur libéré par les poursuites dirigées contre le débiteur, et réciproquement [1023].

§ IX.

1087. Les contrats consensuels se résolvent par un consentement contraire au consentement qui les a formés [1123]; mais le dissentiment d'une partie ne suffit point seul pour dissoudre l'obligation. Si l'on est toujours libre de ne pas s'engager, on ne reste pas également libre de se dégager ([4]). Néanmoins le mandant peut changer de volonté et révoquer à son gré (*a*) le contrat formé par le consentement ou l'acceptation du mandataire ([5]). Il en est de ce dernier comme du dépositaire : conserver le dépôt, exécuter le mandat, n'est pas pour eux un droit, mais un devoir dont on peut toujours les décharger. Les bons offices du dépositaire ne doivent pas continuer malgré le déposant [951], et ceux du mandataire ne doivent même pas commencer malgré le mandant.

Je dis qu'ils ne doivent pas commencer, parce qu'ici le mandat est révoqué avant toute exécution, *dum adhuc integra res sit ;* alors il est comme non avenu, et ne produit aucune obligation ; il est anéanti, *evanescit* ([6]), ou dissous, *solvitur* ([7]). Le mandat dont l'exécution est commencée peut aussi être révoqué, mais seulement pour l'avenir. Aussi l'obligation, et par conséquent l'action *mandati*, subsistent-elles de part et d'autre pour tout ce que le mandataire a fait avant ou même après la révocation dont il n'avait pas encore connaissance ([8]).

([1]) *Gordian. C.* 7, *mandat.* — ([2]) *Julian. fr.* 32, *mandat.* — ([3]) *Gaius, fr.* 27, § 5, *eod.; Ulp. et Paul. fr.* 13 *et* 71, *de fidejuss.* — ([4]) *Diocl. et Max. C.* 5, *de obl. et act.* — ([5]) *Ulp. fr.* 12, § 16, *mandat.* — ([6]) *Text. hic.* V. *Gaius,* 3 *inst.* 159. — ([7]) § 10, *h. t.* — ([8]) *Paul. fr.* 15, *mandat.*

(*a*) Lorsque je stipule pour moi ou pour Séius, le promettant se libère en payant à Séius, quand même j'aurais changé de volonté [1007]. Dans ce cas, le mandat donné à Séius n'est que la conséquence d'un autre contrat, auquel le débiteur n'aurait peut-être pas consenti s'il n'avait pas eu la faculté de payer à Séius ; aussi ne puis-je pas, sans le consentement du débiteur, révoquer le mandat donné à Séius (V. § 4, *de inutil. stip.*; *Ulp. fr.* 12, § 3, *de solut.*).

§ X.

1088. En effet, la mort du mandant, qui équivaut à une révocation, dissout le mandat (*a*) sans préjudicier au mandataire qui agit dans l'ignorance du fait [1]. Ainsi, par exemple, si le créancier mande au débiteur de payer entre les mains de telle personne, le paiement reçu par cette personne est valable et libère le débiteur, lorsqu'il a ignoré la mort du mandant [2] ou la révocation du mandat. Il en est de même, lorsque le débiteur a ignoré la manumission de l'esclave préposé aux recettes de son maître (*manumisso dispensatore*); effectivement, le créancier, en chargeant son esclave de recevoir pour lui, autorise ses débiteurs à payer entre les mains de ce dernier, et cette autorisation est pour eux un véritable mandat [3] que le créancier révoque tacitement, lorsqu'il affranchit l'esclave.

Ainsi la dissolution du mandat n'éteint pas toujours l'action *mandati*, puisque, même après la mort du mandant, cette action peut résulter contre ses héritiers de l'exécution donnée au mandat [4]; mais après la mort du mandataire, le mandat exécuté par ses héritiers ne produit aucune action [5], parce qu'ils ne peuvent ignorer le décès de leur auteur, et conséquemment la dissolution du contrat. Il se dissout en effet par la mort du mandataire comme par la mort du mandant.

§ XI.

1089. Si la volonté du mandant suffit pour dissoudre le contrat, celle du mandataire ne produit pas toujours le même effet, parce que le défaut d'exécution expose le premier à un préjudice que la révocation ne porte point au second. Il ne suffit donc pas que celui-ci change de volonté; il doit en avertir le mandant (*renuntiandum*) en temps utile, c'est-à-dire assez tôt pour qu'il puisse exécuter lui-même ou par autrui l'opération dont le mandataire ne veut plus se charger : autrement, celui

[1] *Text. hic ; Gaius, 3 inst.* 160. V. *Paul. fr.* 26, *mandat.* — [2] *Paul. d. fr.* 26, § 1. — [3] *Julian. fr.* 34, § 3, *de donat.* — [4] *Paul. fr.* 58 ; *Ulp. fr.* 27, § 3, *mandat.* — [5] *Gaius, fr.* 27, § 3, *eod.*

(*a*) *Paul. fr.* 26, *mandat.*; *Diocl. et Max. C.* 15, *eod.*, excepté lorsqu'il s'agit d'une chose qui ne doit avoir lieu qu'à la mort du mandant [1013, 1080].

qui n'avertit pas ou qui avertit trop tard (*intempestive*), reste lié par son acceptation. Il doit exécuter le mandat ou réparer le tort que le défaut d'exécution causerait au mandant [1], sauf les justes excuses que le mandataire peut faire valoir, comme une maladie, une inimitié capitale survenue entre lui et le mandant [2], ou l'insolvabilité de ce dernier [3]; car le mandataire qui rend un service gratuit n'est pas tenu de sacrifier ses propres intérêts aux intérêts d'autrui [4].

§ VIII.

1090. Exécuter un mandat, c'est faire ce que le mandant a voulu, soit qu'on agisse de manière à lui imposer toutes les obligations et toute la responsabilité qu'il entendait prendre, par exemple en achetant au prix par lui indiqué ; soit qu'on agisse de manière à ne lui imposer qu'une partie de ces obligations ou de cette responsabilité, par exemple en achetant pour un prix inférieur. Dans l'un et l'autre cas, le mandataire qui améliore ou qui n'empire pas la condition du mandant, a contre lui l'action *mandati* [5]. Il en est autrement lorsque le mandataire achète au-dessus ou vend au-dessous du prix fixé ; le mandat ainsi exécuté n'oblige point le mandant, parce que sa position ne peut jamais empirer par les actes du mandataire [6]. Celui-ci, lorsqu'il sort des termes du mandat, fait une chose dont on ne l'a point chargé [7], et conséquemment ne fait pas celle qu'on lui demande : en un mot, il n'exécute point le mandat, et par conséquent il reste exposé à l'action du mandant, sans avoir contre ce dernier l'action *contraria* [8]. Ainsi, pour exécuter un mandat, il faut n'en pas excéder les limites [9].

Celui qui, chargé d'acheter jusqu'à concurrence de cent ou de cautionner un débiteur pour semblable somme, achète ou cautionne pour cent vingt, ne peut donc pas agir contre le mandant pour cette dernière valeur ; mais peut-il agir pour cent en restreignant sa demande à la somme fixée par le mandant ? Les Proculéiens décidaient affirmativement, et les Sabiniens néga-

(1) *Text. hic*; *Paul. fr.* 22, § 11; *Gaius, fr.* 27, § 2, *mandat.* — (2) *Hermog. fr.* 23 *et* 25, *eod.* — (3) *Paul.* 2 *sent.* 15, § 1; *fr.* 24, *eod.*; *Ulp. et Gaius, fr.* 8, § 3; *fr.* 9 *et* 10, *de procur.* — (4) *Afric. fr.* 61, § 5, *de furt.*; *Gaius, fr.* 7, *testam. quemadm. aper.* — (5) *Text. hic, in fin.*; *Paul. fr.* 3; *fr.* 5, § 5, *mandat.* — (6) *Paul. fr.* 3, *pr. et* § 2; *fr.* 5, §§ 3 *et* 4, *eod.* — (7) *Paul. d. fr.* 5, *pr.* — (8) *Text. hic*; *Gaius,* 3 *inst.* 161; *fr.* 41, *mandat.* — (9) *Text. hic*; *Paul. d. fr.* 5.

tivement [1]. La rigueur de ces derniers se conçoit difficilement contre le mandataire fidéjusseur ; les cent vingt qu'il a garantis contiennent certainement les cent qu'il a dû garantir [2] ; le mandant ne peut donc se plaindre de l'inexécution du mandat, ni refuser, à l'occasion d'un excédant qu'on ne lui demande point, la somme déterminée par ce mandat [3]. Quant au mandataire acheteur, on ne peut le contraindre à remettre la chose ni pour cent, ni même pour cent vingt, puisque l'acquisition faite hors des termes du mandat est étrangère à ce mandat et à son exécution ; aussi a-t-on pensé que le mandataire ne doit pas avoir la liberté de garder ou de remettre à son choix une chose qu'on ne peut pas exiger de lui [4]. L'opinion des Sabiniens semble donc mieux fondée dans ce cas que dans le précédent ; mais le sentiment des Proculéiens a prévalu comme moins rigoureux [5], en ce qu'il permet d'éviter par un sacrifice pécuniaire une condamnation que la nature de l'action rend quelquefois infamante [a].

1091. Conformément au système des Proculéiens, le mandataire qui s'oblige purement et simplement, lorsqu'il devait ne s'obliger qu'à terme, agit valablement contre le mandant, mais seulement à l'expiration du terme [6]. Pareillement, la vente consentie par le mandataire pour un prix inférieur au prix fixé produit son effet, lorsqu'on indemnise le mandant en lui payant la totalité du prix qu'il voulait obtenir [7].

(1) *Text. hic ; Gaius, 3 inst. 161.* — (2) *Ulp. fr. 1, § 4, de verb. obl.* — (3) *Julian. fr. 33, mandat.* — (4) *Paul. fr. 3, § 2, eod.* — (5) *Text. hic ; Gaius, fr. 4, mandat.* — (6) *Paul. fr. 22, pr. et § 1, eod.* — (7) *Paul. fr. 5, §§ 3 et 4, eod.*

(a) *§ 2, de pœn. tem. lit.* Abstraction faite de cette dernière considération, l'opinion des Proculéiens paraît à peine soutenable. En effet, si la valeur de la chose est inférieure au prix fixé par le mandant, ce dernier pourra être forcé de prendre la chose pour ce même prix, et alors il supportera une partie de la perte ; si au contraire l'acquisition est bonne, le mandataire la gardera pour son compte, et ne sera pas contraint de la céder pour le prix fixé dans le mandat, ni même pour un prix supérieur.

TITULUS XXVII. / TITRE XXVII.

DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU. / DES OBLIGATIONS QUI SE FORMENT COMME PAR UN CONTRAT.

Post genera contractuum | Après avoir énuméré les diffé-

rents contrats, examinons d'autres obligations qui ne naissent pas précisément d'un contrat, mais qui cependant, parce qu'elles ne dérivent pas d'un délit, se forment comme par un contrat.

1. Ainsi, lorsqu'une personne a géré les affaires d'un absent, il en résulte des actions respectives qu'on appelle *negotiorum gestorum*. Celui dont on a géré l'affaire a contre le gérant l'action directe, et le gérant, l'action contraire. Ces actions ne naissent précisément d'aucun contrat. Cela est évident, car elles résultent d'une gestion entreprise pour autrui sans mandat, et, dans ce cas, ceux dont l'affaire a été gérée sont obligés à leur insu, et cela parce qu'il y avait utilité : en effet lorsque, pressé par une circonstance imprévue, on s'éloigne sans confier à personne l'administration de ses affaires, il importe qu'elles ne restent point abandonnées ; et certainement nul ne s'en occuperait, s'il ne devait avoir aucune action pour recouvrer ses avances. Si la gestion oblige ceux dont les affaires ont été gérées envers celui qui les a utilement gérées, réciproquement ce dernier doit rendre compte de son administration ; et alors il doit répondre des moindres soins. Ceux qu'il met ordinairement à ses propres affaires ne suffiraient pas, si quelque autre plus diligent eût mieux administré.

enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur ; sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

1. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum ; sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est ; quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit ; ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia : quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem ; nec sufficit

talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.

2. Tutores quoque qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones : non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

2. Les tuteurs soumis à l'action de tutelle ne sont pas précisément obligés par un contrat, puisque le tuteur et le pupille ne contractent aucun engagement; mais comme ce n'est pas un délit qui oblige le tuteur, il est obligé comme par un contrat. Les actions, dans ce cas, sont également réciproques ; car non seulement le pupille a contre le tuteur l'action de tutelle, mais respectivement aussi le tuteur a contre le pupille l'action de tutelle contraire, lorsqu'il a fait quelque dépense pour le pupille, lorsqu'il s'est obligé pour lui, ou lorsqu'il a engagé son propre bien aux créanciers de ce dernier.

3. Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

3. Lorsqu'un objet appartient en commun à plusieurs propriétaires qui ne sont point associés, par exemple, à plusieurs légataires ou donataires ; si l'un d'eux se trouve soumis envers l'autre à l'action *communi dividundo*, soit à raison des fruits qu'il a seul perçus, soit à raison des dépenses nécessaires que l'autre a seul avancées, l'obligation ne résulte pas précisément d'un contrat, car les parties n'ont point contracté; mais puisque ce n'est point un délit qui oblige le défendeur, il est tenu comme par un contrat.

4. Item juris est de eo qui coheredi familiæ erciscundæ

4. Il en est de même à l'égard d'un héritier qui, pour les mêmes

causes, se trouve soumis envers son cohéritier à l'action *familiæ erciscundæ*.

5. Pareillement à l'égard des legs, ce n'est pas précisément un contrat qui oblige l'héritier ; car on ne peut pas, à proprement parler, dire que l'héritier ou le défunt ait pris envers le légataire aucun engagement. Toutefois, comme ce n'est point un délit qui oblige l'héritier, il est tenu comme par un contrat.

6. Celui à qui l'on a, par erreur, payé ce qui n'était pas dû, devient débiteur comme par un contrat. Cette obligation résulte si peu d'un contrat, que, pour employer une expression plus exacte, on pourrait, comme nous l'avons déjà remarqué, dire qu'elle résulte plutôt d'un distract : en effet, ceux qui donnent une somme en paiement, la donnent moins pour contracter une obligation que pour la dissoudre. Toutefois le paiement qu'une personne reçoit l'oblige comme l'obligerait un prêt. Aussi est-elle tenue de la condiction.

7. Il est cependant plusieurs cas où l'on ne peut pas répéter ce qu'on a indûment payé par erreur. En effet, les anciens ont décidé que, dans les cas où la dénégation augmente le montant de la condamnation, la chose indûment payée ne peut pas être répétée : tel est le cas où l'on agit, soit en vertu de la loi Aquilia, soit pour un legs. Les anciens appliquaient cette décision aux legs

judicio ex his causis obligatus est.

5. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) ; et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.

6. Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse : nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is qui accipit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse : veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per

damnationem cuicumque legata fuerant.

Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt. Quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

d'une valeur déterminée, laissés par condamnation à une personne quelconque.

Toutefois une de nos constitutions, ayant assimilé les legs et les fidéicommis, a voulu que la condamnation augmentât ainsi dans toute espèce de legs et de fidéicommis, non pour tous les légataires, mais seulement lorsque le legs ou le fidéicommis a été laissé aux saintes églises, ou aux autres lieux vénérables qu'on gratifie par dévotion ou par charité. Ces legs, quoique payés indûment, n'admettent aucune répétition.

EXPLICATION.

PR.

1092. Les obligations, d'après le système de Gaïus [940], naissent principalement d'un contrat ou d'un délit; et de là plusieurs différences dans les effets que l'obligation produit contre la personne obligée [1235], contre ses héritiers [1316], et contre le maître ou l'ascendant à la puissance de qui cette personne est soumise [1289].

Les mêmes différences existent entre plusieurs autres obligations qui ne se forment, ni par un contrat, ni par un délit, mais qui cependant imitent, dans leurs effets, les obligations dérivées soit de l'une, soit de l'autre source; et l'on dit communément qu'elles naissent, non d'un contrat, mais d'un quasi-contrat, non d'un délit, mais d'un quasi-délit. Ces expressions quasi-contrat, quasi-délit, n'appartiennent pas aux jurisconsultes romains : ils ne parlent point d'obligations nées *ex quasi contractu* ou *ex quasi delicto* : ils disent que telle personne doit ou qu'elle est obligée QUASI EX MALEFICIO (1) ou QUASI EX CONTRACTU (2), et spécialement QUASI EX MUTUI DATIONE (3), PERINDE AC SI MUTUUM EI DARETUR (4), enfin que telle ou telle obligation

(1) *Pr.*, §§ 1 et 3, *de obl. quæ quasi ex del.* — (2) *Pr.*, §§ 2, 3, 4 et 5, *h. t.* — (3) *Gaius*, *fr.* 5, § 3, *de obl. et act.* — (4) § 6, *h. t.* V. § 1, *quib. mod. re contrah.*

naît QUASI EX DELICTO, QUASI EX CONTRACTU (*a*). Cela signifie pour moi que cette personne est obligée comme elle le serait par un délit ou par un contrat et spécialement par un *mutuum*, enfin que son obligation se forme telle que la formerait un contrat ou un délit. Du reste, si j'insiste à cet égard, c'est moins pour l'exactitude des mots que pour celle des idées.

1093. En effet, lorsqu'on adopte les expressions quasi-contrat et quasi-délit, comme équivalant aux locutions textuelles *quasi ex contractu, quasi ex delicto*, on arrive à dire que certaines personnes sont obligées par un quasi-contrat ou par un quasi-délit, ce qui suppose un fait antérieur à l'obligation dont il devient la cause et l'origine, fait licite ou illicite, et assimilé d'après cette distinction, tantôt aux contrats, tantôt aux délits. Ainsi, par exemple, on a défini le quasi-contrat tout fait non répréhensible qui, sans aucune convention, oblige son auteur envers d'autres et quelquefois aussi les autres envers lui, par suite d'un consentement que font présumer des motifs d'utilité ou d'équité [1]. Cette définition semble faite pour l'obligation *negotiorum gestorum* : la gestion est un fait volontaire et non répréhensible, qui produit des obligations réciproques entre le gérant et ceux dont on a géré l'affaire. On pourrait donc admettre qu'elles naissent d'un quasi-contrat, en ce sens que, dans les circonstances où ces obligations se forment, on pré-

[1] *Vinnius, hic*, nos 4 et 5 ; *Heineccius, Elem. jur.* 966.

(*a*) *Quasi ex contractu nascuntur*, se dit par contraction ; la phrase, grammaticalement construite, serait NASCUNTUR QUASI *nascerentur* EX CONTRACTU. Ainsi, par exemple, celui à qui, par erreur, je paie ce qui n'est pas dû, devient mon débiteur, *quasi ex contractu debere videtur*, et le texte, expliquant ces paroles, ajoute : *perinde... obligatur ac si mutuum ei daretur* (§ 8, *h. t.*), *perinde ac si mutuum accepisset* (§ 1, *quib. mod. re contr.*). Il n'est pas inutile de prévenir que, parmi les jurisconsultes romains, Gaïus seul emploie cette locution. Ulpien et plusieurs autres, en parlant des mêmes obligations, se servent souvent du mot contrat. (V. *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.* ; *fr.* 3, *quib. ex caus. in poss.* ; *Paul. fr.* 49. *de obl. et act.* ; *fr.* 16, *de negot. gest.*) C'est ainsi que, suivant eux, l'héritier contracte avec les légataires, *contrahere videtur* (*Ulp. fr.*, § 3 ; *Paul fr.* 4, *quib. ex caus. in poss.*) ; mais alors ils parlent de l'héritier volontaire qui fait adition ou de l'héritier sien qui s'immisce. Dans les différents cas où l'obligation contractée par une personne permet d'agir contre d'autres (V. *liv.* 4, *tit.* 7), Ulpien dit encore que l'on a contracté avec ces dernières (*d. fr.* 3, §§ 1 *et* 2, *eod.*), du moins en quelque sorte, *quodammodo*, *fr.* 1, *quod juss.*), et qu'on les poursuit *quasi cum ipsis contractum videatur* (*fr.* 1. *de in rem vers.*). Entend-on par là que l'action *de peculio* et autres actions semblables naissent d'un quasi-contrat? Non sans doute : cela signifie que le défendeur est tenu et poursuivi comme s'il avait contracté.

sume un consentement qui n'existe pas ; mais cette présomption est-elle toujours admissible? Les obligations dont un héritier est tenu, soit envers ses cohéritiers, soit envers les légataires [1], dérivent-elles constamment d'un fait volontaire et d'un consentement présumé? Non, sans doute, puisqu'elles ne sont pas imposées à une seule classe d'héritiers. Si les externes s'y soumettent volontairement par leur adition, les héritiers nécessaires en sont tenus *ipso jure*, bon gré, mal gré. Les obligations du tuteur sont pareillement indépendantes de son fait et de sa volonté ; car on est tuteur malgré soi, et celui qui n'a point administré ou qui n'a pas même été chargé de l'administration, n'en est pas moins soumis à l'action de tutelle [2]. Il serait donc très difficile de définir quel est ici le quasi-contrat ou le fait volontaire qui donne naissance à l'obligation, et plus difficile encore d'expliquer pourquoi le fait du curateur qui a géré ne constitue pas un quasi-contrat spécial [1098].

La vérité est qu'en assimilant certaines obligations à celles qui naissent d'un contrat ou d'un délit, Gaïus n'entend pas constater l'existence de ces faits ou actes indéfinissables et purement rationnels, pour ne pas dire purement imaginaires, qui depuis ont été appelés quasi-contrat ou quasi-délit ; le jurisconsulte est surtout bien éloigné de les considérer comme la cause et l'origine des obligations. Ainsi, en parlant des tuteurs et des héritiers [3], il commence par déclarer qu'ils sont tenus ; puis il observe que ce n'est pas un contrat qui les oblige, mais que ce n'est pas non plus un délit ; et cette circonstance lui suffit pour dire qu'ils sont tenus *quasi ex contractu*. Il n'établit pas l'origine de l'obligation, ou plutôt il l'établit négativement, pour décider que cette obligation aura l'effet qu'elle aurait si elle naissait d'un contrat. Il y a donc similitude ; et pourquoi ne pas dire alors qu'il y a *quasi-contrat?* Si l'on veut exprimer ainsi la similitude des résultats, j'y consens ; mais alors le quasi-contrat sera un effet, et non pas une cause, puisque le quasi-contrat résultera de l'obligation, et non pas l'obligation du quasi-contrat.

1094. Ainsi, pour caractériser les obligations dont il est question dans ce titre, je ne dis point qu'elles dérivent d'un

(1) §§ 4 et 5, *h. t.* — (2) *Alex. C.* 1, *si tut. vel curat. non gess.* — (3) §§ 2 et 5, *h. t.*; *Gaius, fr.* 5, §§ 1 et 2, *de obl. et act.*

quasi-contrat ; je dis avec le texte qu'elles se forment comme elles se formeraient par un contrat, et j'exprime alors une idée juste, parce que l'expression indique la nature de l'obligation et ses résultats, indépendamment de son origine et des causes diverses qui l'ont formée. En effet, les obligations qui ne naissent ni d'un contrat ni d'un délit dérivent, suivant Gaïus (1), PROPRIO QUODAM JURE, EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS : *proprio quodam jure*, c'est-à-dire de certaines dispositions spécialement établies par le droit civil ou par le droit honoraire [939]. C'est donc indépendamment de leur origine qu'on distingue parmi ces obligations celles qu'il faut assimiler aux contrats, celles qu'il faut assimiler aux délits. Pour cela, on examine d'abord s'il existe un fait imputable à la personne obligée, *peccasse aliquid* (2)... *aliquatenus culpæ reus est* (3), et dans ce cas on la déclare tenue QUASI EX MALEFICIO (4); dans le cas contraire, elle est tenue *quasi ex contractu* (5) : notamment lorsqu'il y a gestion d'affaires, tutelle, indivision d'une chose corporelle ou d'une hérédité, acquisition soit d'une hérédité chargée de legs, soit d'un objet indûment payé.

§ I.

1095. Gérer les affaires d'une personne, c'est faire ce qu'il y a nécessité ou du moins utilité de faire pour elle, comme payer ses dettes, se porter fidéjusseur envers ses créanciers, etc. Souvent nous gérons les affaires dont on nous a chargés, et alors nous remplissons un mandat. Quelquefois, au contraire, nous gérons les affaires d'une personne à son insu et en son absence, par conséquent sans mandat : dans ce cas, il y a gestion d'affaires, *negotia gesta*; et, dans l'intérêt même de ceux pour qui cette gestion est entreprise, elle produit deux actions *negotiorum gestorum*, l'une directe et l'autre *contraria*. Ces actions, qui sanctionnent deux obligations respectives, comme dans le mandat, sont plus rigoureuses pour le gérant que pour le mandataire : en effet, on ne doit pas au premier comme au second toutes les dépenses qu'il a faites ; on lui rembourse uniquement celles qui présentaient une utilité réelle, *utiliter gesserit* (6), au moment où il les a faites, sans avoir égard soit à

(1) *Fr.* 1, *de obl. et act.* — (2) *Pr., de obl. quasi ex del.* — (3) § 3, *eod.* — (4) *Pr.*, §§ 1 *et* 3, *eod.* — (5) *Pr.*, §§ 2, 3 *et* 5, *h. t.*; *Gaius, fr.* 5, §§ 1 *et* 2, *de obl. et act.* — (6) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 45; *Paul. fr.* 25, *de negot. gest.*

l'opinion du gérant sur l'utilité de ces mêmes dépenses, soit aux événements postérieurs qui les ont rendues infructueuses [1].

1096. Ceux dont l'affaire est ainsi gérée se trouvent donc obligés à leur insu (*etiam ignorantes*), sans consentement, et lors même qu'ils seraient incapables de consentir, comme les fous (*a*); mais la gestion entreprise malgré les personnes qui ont une volonté ne les soumet à aucune action [2].

Leur intention n'est donc pas absolument indifférente. Celle du gérant l'est encore moins : en effet, celui qui gère pour exercer sa libéralité, ou pour remplir un devoir, ne répète point ce qu'il a dépensé, soit pour faire une donation, *animo donandi* [3], soit pour satisfaire à ce qu'exigent l'amitié, la reconnaissance ou une juste affection (*b*). Le gérant n'obtient une action que contre les personnes auxquelles il a voulu rendre service (*c*), et par lesquelles il a entendu se faire indemniser.

Ainsi, lorsqu'en agissant pour Titius ou pour moi-même, je fais une chose utile à d'autres personnes que je n'ai pas en vue, je n'oblige pas ces dernières, du moins dans la rigueur du principe [4]; mais par équité on m'accorde l'action *negotiorum gestorum* utile [5].

1097. Si le gérant oblige ceux dont il a géré l'affaire, il s'oblige aussi à rendre compte de son administration, comme le mandataire et peut-être plus sévèrement encore, puisque le gérant est, sans aucun doute, soumis à toute la prévoyance d'un bon père de famille [1074], *omnem diligentiam* [6]; car les soins qu'il donne habituellement à ses propres affaires ne

(1) *Ulp. fr.* 10, § 1, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 40, *mandat.*; *Ulp. fr.* 8, § 3, *de negot. gest.*; *Justin. C.* 24, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 4, *de negot. gest.* — (4) *Julian. fr.* 6, § 4, *de negot. gest.* — (5) *Paul. fr.* 22, § 10, *mandat.* V. *Ulp. fr.* 5, § 2; *fr.* 45, § 2; *Julian. fr.* 6, §§ 3, 6, 7 et 8, *eod.*; *Afric. fr.* 46, *de negot. gest.* — (6) *Philip. C.* 24, *de usur.*

(*a*) *Ulp. fr.* 3, § 5, *de negot. gest.*; *Pomp. fr.* 24, *de obl. et act.* Quant au pupille, voyez 1099.

(*b*) *Ulp. fr.* 44, *de neg. gest.*; *Sev. et Anton.*, *C.* 1, *eod.* Le mari qui soigne son épouse malade, l'affranchi qui nourrit son patron, et en général celui qui fournit des aliments à ses parents n'a point l'action *negotiorum gestorum* contre les personnes spécialement obligées de subvenir aux frais de nourriture et de maladie. (*Modest. fr.* 27, § 1; *Sever. et Anton.*, *Alex. Gordian. C.* 5, 11 *et* 15, *de negot. gest.*)

(*c*) Celui qui s'immisce dans mes affaires, *deprædandi causa*, s'oblige envers moi sans m'obliger envers lui. Je lui demanderai compte par l'action *negotiorum gesto-*

suffisent pas lorsqu'il n'est pas aussi diligent que tout autre (*a*). Cette responsabilité diminue lorsque des circonstances urgentes ont pour ainsi dire nécessité l'intervention du gérant dans les affaires d'un parent ou d'un ami dont les biens allaient être vendus ([1]); dans ce cas, on est tenu seulement du dol. Réciproquement, les cas fortuits, dont le gérant n'est pas ordinairement responsable ([2]), sont imputés à celui qui hasarde, pour l'absent, des opérations étrangères aux habitudes de ce dernier ([3]). C'est que le gérant commet par cela seul une faute, et cette faute, conformément au principe antérieurement expliqué [946], expose celui qui la commet à tous les risques qu'il aurait évités en ne la commettant pas.

§ II.

1098. Le tuteur ne représente pas les pupilles, quoiqu'il gère et administre leurs affaires. S'il fait une opération quelconque, il la fait comme le mandataire ou le *negotiorum gestor*, en son propre nom; s'il prend des engagements, c'est lui-même qu'il oblige, sauf l'indemnité que lui devront les pupilles, par exemple, s'il a fait des avances pour eux, s'il a engagé ses biens ([4]). Le gérant, volontairement immiscé dans une ou plusieurs affaires, peut négliger les autres sans encourir aucune responsabilité (*b*); mais le tuteur, pour qui l'administration est un devoir, doit compte de ce qu'il a fait et même de ce qu'il a

([1]) *Ulp. fr.* 3, § 9, *de negot. gest.* — ([2]) *Diocl. et Max. C.* 22; *Paul. fr.* 37, § 1, *eod.* — ([3]) *Pomp. fr.* 11, *eod.* — ([4]) *Text. hic.*

---

rum directe, et il n'aura l'action contraire que pour ce dont je me trouverais enrichi. (*Julian. fr.* 6, § 3, *de neg. gest.*)

(*a*) *Si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.* On a cru voir dans ces derniers mots l'hypothèse extraordinaire d'un gérant qui s'immisce au moment où une personne plus diligente allait prendre l'administration. Pothier (3 *Pand.* 5, *n°* 51), dans l'intérêt du système qu'il avait adopté, restreint à ce cas particulier la décision de notre texte; mais il est aisé de voir que Justinien raisonne ici, à l'égard du gérant, comme il a raisonné précédemment à l'égard du commodataire (§ 2, *quib. mod. re*). L'un et l'autre, à la différence des associés (§ 9, *de soc.*), doivent à la chose ou aux affaires d'autrui plus de soin qu'ils n'en ont habituellement pour eux-mêmes; mais évidemment cette distinction s'applique aux personnes qui n'ont pas pour leurs propres affaires tout le soin possible, car autrement on ne pourrait rien exiger de plus.

(*b*) *Diocl. et Max. C.* 20, *de negot. gest.* Cette règle générale souffre quelques exceptions. (V. *Julian. fr.* 6, § 12; *Ulp. fr.* 8; *Paul. fr.* 13; *Pap. fr.* 31, § 2, *de neg. gest.*)

omis de faire [1]. Il répond de tous les soins d'un bon père de famille (a), excepté lorsqu'en cherchant à placer les deniers du pupille, il fait avec bonne foi une acquisition désavantageuse. Il n'est tenu à cet égard que de la faute grave [2].

L'action *tutelæ* ne s'intente pas tant que la tutelle n'est pas finie, soit par la puberté du pupille, soit de toute autre manière [3]. Le curateur des mineurs de vingt-cinq ans rend également ses comptes, lorsque son administration cesse [4] ; mais le curateur des fous peut être tenu de rendre compte pendant la durée même de sa gestion [5], sans doute parce qu'elle ne finit pas à un âge déterminé. Remarquez du reste que la gestion des curateurs ne produit aucune action spéciale : on agit contre eux par l'action *negotiorum gestorum* utile [6].

1099. Les tuteurs, soumis à une action directe, ont respectivement l'action *tutelæ contraria*. Dans ce cas, chose remarquable, le pupille se trouve obligé sans autorisation [7]. Il n'en est pas ainsi dans les contrats, ni même dans toutes les obligations formées *quasi ex contractu* [1100] : le paiement d'une chose indue, le prêt reçu et la promesse faite par un pupille non autorisé ne l'obligent pas civilement [8] ; seulement, lorsqu'il est devenu plus riche, cette circonstance suffit, depuis Antonin le Pieux, pour que l'obligation naturelle du pupille produise action jusqu'à concurrence de tout ce dont il se trouve enrichi au moment de la *litis contestatio* [9]. Telle est aussi l'obligation qu'impose au pupille la gestion de ses affaires [10]; mais ici, envers son tuteur, le pupille se trouve obligé par l'administration même, et civilement obligé [11] pour la totalité des dépenses utilement et raisonnablement faites [12], quel que soit d'ailleurs l'événement.

(1) *Ulp. fr.* 1, *de tut et rat. distr.* — (2) *Ulp. fr.* 7, § 2, *de adm. et peric.* — (3) § 7, *de atil. tut.; Paul. fr.* 4, *de tut. et rat.; Ulp. fr.* 7, § 11 ; *fr.* 9, *pr.*, § 1 *et seqq., eod.* — (4) *Sever. et Anton. C.* 2 ; *Philip. C.* 14, *de admin. tut.* — (5) *Paul. fr.* 4, § 3, *de tut. et rat. distr.* — (6) *Paul. d. fr.* 4, § 3 ; *Ulp. fr.* 3, § 5, *de negot. gest.* — (7) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 2, *de contrar. tut.* — (8) § 1, *quib. mod. re contrah.*; § 9, *de inutil. stip.* — (9) *Ulp. fr.* 1 *et* 5, *de auct. tut.: Paul. fr.* 37, *de neg. gest.* — (10) *Paul. d. fr.* 37 ; *Sever. et Ant. C.* 2, *eod.* — (11) *Ulp. fr.* 2, *ubi pupill. educ.; Anton. C.* 3, *de admin. tut.* — (12) *Ulp. fr.* 3, § 7, *de contrar. tutel.*

(a) *Callistr. fr.* 33, *de adm. et peric.; Diocl. et Max. C.* 7, *arbitr. tut.* Ulpien semble se contredire. (V. *fr.* 10, *de adm. et peric.* ; *fr.* 1, *de tut. et ration.*)

§§ III et IV.

1100. Lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs personnes, les fruits, et en général les profits que chacun des intéressés devrait recueillir pour sa part, comme les dépenses que chacun devrait faire aussi pour sa part, sont quelquefois recueillis ou faites pour la totalité par un seul. Ce dernier se trouve alors obligé à tenir compte aux autres de tous les bénéfices qu'il a tirés de leur part (1), comme de toutes les détériorations ou pertes arrivées par sa faute (2). Réciproquement, ses copropriétaires sont tenus envers lui à raison des dépenses qu'il a faites pour l'entretien et la conservation des choses communes (3). Il existe, dans ces différents cas, une sorte de gestion qui produit des engagements réciproques, comme la gestion d'affaires proprement dite (4), sans imposer la même responsabilité ; car ceux à qui appartient la chose commune ont, pour administrer cette chose, un intérêt, et conséquemment un motif, que l'affaire d'autrui n'offre pas au *negotiorum gestor :* aussi leur demande-t-on seulement le soin qu'ils ont ordinairement pour eux-mêmes (5), et chacun d'eux, lorsqu'il administre la chose commune, oblige ses copropriétaires sans leur consentement, sans le consentement de leur curateur ou sans l'autorisation de leur tuteur (6).

Les obligations dont nous venons de parler donnent lieu, entre les copropriétaires d'un objet particulier, à l'action *communi dividundo ;* entre cohéritiers, à l'action *familiæ erciscundæ.* Ces deux actions ont encore un autre but ; nous aurons donc occasion de les considérer plus loin sous un autre rapport (7).

§ V.

1101. Les héritiers, de quelque manière que l'hérédité leur soit acquise, nécessairement ou par leur addition, sont tenus des obligations du défunt et des legs faits par ce dernier.

Les obligations passent à l'héritier telles qu'elles existaient sur la personne du défunt ; elles conservent la même cause et

(1) § 3, *h. t.; Paul. fr.* 56 ; *Ulp. fr.* 22, *famil. ercisc.* — (2) § 4, *de off. jud.; Diocl. et Max. C.* 19, *famil. ercisc.* — (3) § 3, *h. t.; Ulp. fr.* 4, § 3, *commun. div.* — (4) *Diocl. et Max. C.* 18, § 1, *famil. ercisc.* — (5) *Paul. fr.* 25, § 16, *famil. ercisc.* — (6) *Paul. fr.* 46, *de obl. et act.; fr.* 29, *commun. div.; Ulp. fr.* 33, *pro soc.* — (7) § 20, *de action.;* §§ 4 et 5, *de off. jud.*

les mêmes effets : aussi les créanciers ont-ils contre l'héritier l'action qu'ils avaient précédemment contre son auteur ; et, dans ce sens, leurs actions sont dites héréditaires (1) par opposition à l'action des légataires qui n'ont jamais eu aucun droit contre le défunt. L'obligation dont l'héritier est tenu envers eux ne lui est point transmise ; elle commence en sa personne (2), et comme elle ne résulte ni d'un délit ni d'un contrat, on déclare ici que l'héritier en est tenu *quasi ex contractu* (3).

De cette obligation naît, pour le légataire comme pour le stipulant, une action qui sera, soit la *condictio certi* ou condiction proprement dite, par laquelle le légataire soutient que l'héritier doit lui transférer la propriété des objets légués (4), soit la condiction *incerti* qui prend ici le nom d'action *ex testamento*, comme précédemment elle a pris celui d'action *ex stipulatu* [957].

1102. Nous avons vu que chaque légataire agit ou par action personnelle ou, lorsque la propriété lui a été directement transférée, par la revendication [690] ; dans ce dernier cas même, on lui donne le choix (5). Cette option peut être considérée comme une conséquence éloignée du sénatus-consulte Néronien, qui valide, en les considérant comme faits *per damnationem*, tous les legs que l'emploi d'une autre forme aurait rendus inutiles [694]. Ces legs produisaient, en vertu du sénatus-consulte, une action personnelle ; et plus tard cette action qui dérivait d'un legs irrégulier dut, à plus forte raison, dériver aussi d'un legs valablement fait *per vindicationem* (6). Alors le légataire avait ou l'action réelle d'après la nature même du legs, ou s'il préférait considérer ce legs comme ayant été fait *per damnationem*, l'une des deux condictions que nous avons distinguées [1231].

§ IV.

1103. La translation de propriété a toujours un but; et quand ce but n'est pas rempli, l'équité nous autorise à répéter ce que nous avons aliéné UT ALIQUID OBTINGAT (7). De là une obligation qui n'existe pas entre le donataire et le donateur, parce que celui-ci, en transférant sa propriété, remplit par cela

(1) *Dec. C. 2, de hered. action.* — (2) *Paul. fr. 40, de obl. et act.* — (3) *Text. hic.* — (4) *Gaius, 2 inst.* 204. — (5) *Julian. fr.* 84, § 13 ; *Paul. fr.* 85 ; *Afric. fr.* 108, § 2, *de legat.*, 1° ; *Pap. fr.* 76, § 8, *de legat.*, 2°. — (6) *Pap. fragm. vatic.*, § 85. — (7) *Paul. fr.* 35, § 3, *de mort. caus. donat.*

seul le but qu'il s'est proposé [1]; mais, hors le cas de donation entre-vifs, et même dans la donation à cause de mort, celui qui a reçu la propriété se trouve obligé de la remettre, lorsque les événements prévus ne se réalisent pas [2]. C'est ainsi que dans l'échange, et dans plusieurs autres contrats innomés [3], on agit par condiction pour reprendre ce qu'on a transféré dans une intention qui n'est pas remplie (*a*).

Dans le *mutuum*, la même action se donne en vertu de la convention qui accompagne la dation. Il en serait de même si, en recevant un paiement, on convenait de restituer ce qui, d'après une vérification ultérieure, se trouverait n'avoir pas été dû. Dans ces deux cas, l'obligation et l'action résultent d'un véritable contrat [4]; mais indépendamment de toute convention, la même obligation se forme par le paiement même entre les parties qui, loin de contracter, veulent et croient dissoudre une obligation qui n'existe pas [5]. En effet celui qui se croit débiteur paie pour se libérer, et n'atteint pas son but; on lui permettra donc de répéter ce qu'il aura payé par erreur, et la condiction qui, dans ce cas, se nomme *indebiti*, est encore la même action, fondée sur cette règle d'équité qui défend de retenir ce qu'on a obtenu sans cause, *sine causa* [6], ou pour une cause qui n'a pas été réalisée, *causa data, causa non secuta* [7].

Nous supposons ici que celui qui a payé voulait se libérer, et conséquemment croyait devoir : aussi la répétition qu'autorise son erreur (*b*) est-elle refusée à quiconque paie ce dont il

(1) *Ulp. fr.* 18, *de donat.* — (2) *Paul. d. fr.* 35, § 3. V. 489. — (3) *Ulp. fr.* 3, *de condict. caus. dat.* — (4) *Ulp. fr.* 2, *de condict. indeb.* — (5) *Text. hic*; § 1, *quib. mod. re contrah.* — (6) *Pap. fr.* 66, *de condict. indeb.*; *Ulp. fr.* 1 *et* 2, *de condict. sine caus.* — (7) *Ulp. d. fr.* 1, §§ 1 *et* 2; *Afric. fr.* 4, *eod.*; *Paul. fr.* 9, *de condict. caus. dat.*; *Pomp. fr.* 52, *de condict. indeb.*

(*a*) V. 1059. Il s'agit ici des choses transférées dans un but licite et honnête, *ob rem non inhonestam*. (*Ulp. fr.* 1, *eod.*; *Paul. fr.* 1, § 1, *de cond. ob turp. caus.*) Dans le cas contraire, s'il y a turpitude à recevoir, on ne peut, même après avoir rempli le but de la dation, se dispenser de rendre ce qu'on a reçu *ob turpem causam* (*Paul. d. fr.* 1, § 2; *fr.* 9; *Ulp. fr.* 2; *fr.* 4, § 2, *eod.*); mais quand la turpitude est réciproque, les parties se trouvant dans la même position, ne peuvent agir l'une contre l'autre, et la répétition cesse. (*Paul. fr.* 3, *eod.*; *Anton. C.* 2, *eod.*) Elle cesse à plus forte raison lorsque la turpitude réside exclusivement dans la personne de celui qui aliène. (*Ulp. fr.* 4, § 3, *eod.*)

(*b*) *Per errorem* (*text. hic*, § 1, *quib. mod. re contr.*), c'est-à-dire par erreur de fait, selon plusieurs interprètes qui refusent la répétition pour erreur de droit. Cette

sait n'être pas débiteur ([1]). Ce dernier ne veut pas se libérer; il fait une donation plutôt qu'un paiement ([2]).

1104. En général, le créancier a une action pour exiger la chose due; quelquefois aussi on lui refuse l'action, mais on l'autorise à retenir, lorsqu'elle est entre ses mains, la chose qu'il ne pourrait pas demander. Ce droit de rétention suffit pour nous dispenser de rendre ce qu'on nous a payé ([3]), parce qu'il résulte d'une obligation naturelle dont le paiement n'admet aucune répétition ([4]). En effet, c'est pour accorder ou refuser une condiction fondée sur l'équité ([5]), qu'on examine si la chose est due ou indue : cette question se décide alors d'après les règles du droit naturel ([6]), et l'on considère comme dû l'objet de plusieurs obligations méconnues par le droit civil ([7]), notamment celles dont il sera question plus loin (*liv.* 4, *tit.* 7).

Réciproquement, certaines obligations obtiennent ou conservent, d'après le droit civil, une existence ou des effets contraires à l'équité; dans ce cas, le droit honoraire paralyse l'action du demandeur par une exception péremptoire ou perpétuelle ([8]), et si le débiteur que l'équité ne considère pas comme tel, paie par erreur, on lui accorde la répétition ([9]).

1105. En répétant par condiction ce qu'il a indûment payé,

([1]) *Ulp. fr.* 1, § 1, *eod.* — ([2]) *Paul. fr.* 53, *de reg. jur.* — ([3]) *Pomp. fr.* 51, *de condict. indeb.*— ([4]) *Julian. fr.* 16, § 4, *de fidej.; Ulp. fr.* 26, § 12, *de condict. indeb.*— ([5]) *Pap. fr.* 66, *eod.*—([6]) *Tryph. fr.* 64, *eod.*—([7]) *Afric. fr.* 38, §§ 1 *et* 2, *eod.*—([8]) §§ 1, 2, 3 *et* 9, *de except.* —([9]) *Ulp. fr.* 26, §§ 3 *et* 7; *Julian. fr.* 32, § 1, *de condict. indeb.*

---

distinction, indubitablement établie pour les fidéicommis, notamment lorsqu'on a omis de déduire la quarte Falcidie (*Paul. fr.* 9, § 5, *de jur. et fact.; Gord. C.* 9, *ad leg. falcid.;* V. *Diocl. et Max. C.* 7, *de condict. indeb.*), paraît s'appliquer, en règle générale, à tous autres paiements, d'après les constitutions de Constantin et Maximien (*C.* 6 *et* 10, *de jur. et fact. ign.;* V. *Diocl. et Max. C.* 6, *de condict. ind.*); mais le Digeste et les Institutes parlent toujours de l'erreur sans distinction (*text. hic;* § 1, *quib. mod. re contr.; Ulp., Pomp., Cels., Pap. fr.* 1, 7, 47, 54 *et* 59, *de condict. ind.*). Ils semblent donc autoriser la répétition pour erreur de droit. (*Tryph. fr.* 64, *de cond. ind.*; *Pap. fr.* 5, *pr. et* § 1, *de cond. sine caus.*) Ulpien (*fr.* 1, *ut in poss. legat.*) l'accorde même expressément, mais *bénigne* et après avoir douté. Sa décision semble établir une exception plutôt qu'un principe.

Au surplus, et indépendamment des autorités, je ne comprends pas que la nature de l'erreur rende la répétition plus ou moins équitable. L'ignorance du droit ne profite à personne, en ce sens qu'on ne peut s'en prévaloir pour acquérir, et par exemple pour l'usucapion (469; *Pomp. fr.* 4, *de jur. et fact.*); mais réciproquement, elle ne nuit pas lorsqu'on cherche à éviter des pertes, et n'empêche personne de réclamer ce qui lui appartient. (*Papin. fr.* 7 *et* 8, *de jur. et fact.*)

le demandeur agit comme s'il avait fait un *mutuum*, par la même action [1] et en soutenant DARE OPORTERE [2]. Or, si l'on se rappelle d'une part que le *mutuum* suppose une translation de propriété [943], et si l'on observe d'autre part que le propriétaire, lorsqu'il agit pour obtenir sa propre chose, ne peut pas soutenir DARE OPORTERE [3], on reconnaîtra que ce paiement, quoique fait par erreur, n'en a pas moins transféré la propriété. En effet le paiement, comme le *mutuum*, suppose une aliénation : celui qui veut payer veut donc transférer la propriété, et cette volonté produit son effet, parce qu'on examine ce que le propriétaire a voulu, sans chercher pourquoi il a voulu [389, 1243]. L'erreur qui a déterminé sa volonté autorise la répétition, mais n'empêche pas que cette chose, donnée en paiement par son propre maître, ne soit acquise à celui qui la reçoit [4]. Cela est si vrai, que le paiement fait par erreur avec la chose d'autrui donne lieu à l'usucapion [5].

Les fous, les prodigues interdits et les pupilles non autorisés, conservent la propriété des choses par eux dûment ou indûment payées : aussi peuvent-ils les revendiquer tant qu'elles existent [6]. Lorsqu'elles ont été consommées de bonne foi, la revendication cesse ; ceux qui étaient débiteurs sont libérés [506] ; ceux qui ne devaient rien, deviennent créanciers, et la condiction leur appartient pour répéter ce qu'ils ont indûment payé par erreur, ou même sciemment.

En effet, la répétition ne dépend plus alors de cette distinction, mais de la condition des personnes [7].

1106. Réciproquement, la répétition n'a pas lieu lorsque la personne qui reçoit le paiement est incapable de s'obliger. Tel est, par exemple, le pupille qui emprunte ou qui reçoit, sans l'autorisation de son tuteur, une chose indûment payée [8]; il n'est donc soumis à la condiction qu'en vertu de la constitution d'Antonin le Pieux [1099], c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve plus riche [9].

§ VII.

1107. Il est certaines obligations que le débiteur ne peut

(1) *Gaius, fr.* 5, § 3, *de obl. et act.* — (2) § 1, *quib. mod. re contrah.* — (3) § 14, *de action.* — (4) *Procul. fr.* 53, *de condict. indeb.* — (5) *Pomp. fr.* 3, *pro suo.* — (6) *Ulp. fr.* 14, § 8, *de solut.; fr.* 29, *de condict. indeb.* — (7) *Ulp. d. fr.* 29. — (8) *Gaius*, 3 *inst.* 91 ; *Licin. Ruf. fr.* 59, *de obl. et act.* — (9) *Paul. fr.* 13, § 1 ; *Pomp. fr.* 14, *de condict. indeb.*

nier sans s'exposer à une condamnation au double, et dans ce sens on dit : *lis inficiando crescit* (1).

En pareil cas, le paiement volontaire procure un double avantage ; il libère le débiteur, et lui évite la nécessité d'un second paiement. L'incertitude des jugements humains et la crainte de payer deux fois, nous déterminent souvent à payer volontairement, lors même que nous croyons ne pas devoir. En pareil cas nous payons, sinon pour nous libérer, du moins pour acheter notre sécurité ; ce n'est donc pas sans cause que nous payons, et comme on ne répète pas ce qu'on a payé par transaction, pour éviter un procès, quelque peu fondé qu'il fût (2), on ne répète pas davantage ce qu'on a payé, même indûment, dans les cas où *lis inficiando crescit*, cas dont notre texte présente une énumération incomplète (3), sur laquelle nous reviendrons plus loin [1242]. Remarquez, toutefois, comment Justinien applique aux legs faits *locis venerabilibus* ce que l'ancien droit appliquait au legs *per damnationem*.

(1) *Text. hic.* V. § 26, *de action.*; § 1, *de pœn. tem. litig.* — (2) *Paul. fr.* 65, § 1, *de condict. indeb.* — (3) *Paul.* 1 *sent.* 19, § 1 ; *Gaius*, 4 *inst.* 171.

TITULUS XXVIII.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

Expositis generibus obligationum quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos et filios nostros :

Ut tamen quod per servos quidem nobis adquiritur, totum nostrum fiat ; quod autem per liberos quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur se-

TITRE XXVIII.

PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT UNE OBLIGATION.

Nous avons exposé les différentes obligations qui se forment par un contrat ou comme par un contrat. Maintenant il importe de savoir que nous les acquérons, non-seulement par nous-mêmes, mais aussi par les personnes qui sont en notre puissance, c'est-à-dire par nos esclaves et par nos enfants.

Toutefois ce que nous acquérons par nos esclaves, n'appartient qu'à nous ; mais quant aux enfants soumis à notre puissance ce qu'ils ont acquis par suite d'une obligation se divise conformé-

ment à la distinction que notre constitution a établie entre la propriété et l'usufruit : ainsi le père aura l'usufruit et le fils la propriété des choses que produira l'action, dont l'exercice, d'après la décision de notre nouvelle constitution, appartient au père.

cundum imaginem rerum proprietatis et usufructus quam nostra discrevit constitutio ; ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur; scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

1. Nous acquérons aussi par un homme libre et par l'esclave d'autrui que nous possédons de bonne foi, mais en deux cas seulement, c'est-à-dire lorsque l'acquisition provient de leur travail ou de notre chose.

1. Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operibus suis vel ex re nostra adquirant.

2. L'esclave dont nous avons l'usufruit ou l'usage acquiert également pour nous, dans ces deux mêmes cas.

2. Per eum quoque servum in quo usumfructum vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur.

3. Il est certain que l'esclave de plusieurs maîtres acquiert à tous ses maîtres, en raison de la part pour laquelle il appartient à chacun, excepté quand il stipule ou quand on lui fait tradition pour l'un d'eux nommément; alors c'est à ce dernier seul qu'il acquiert, par exemple, lorsqu'il stipule ainsi : « Promettez-vous de « donner à Titius mon maître? »

3. Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est ; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo, illi soli adquirit; veluti cum ita stipulatur, TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES?

Dans le cas où l'esclave stipule par ordre d'un seul maître, il existait autrefois des doutes, mais notre constitution les a décidés : ainsi l'esclave acquiert uniquement à celui dont il a reçu l'ordre, comme on l'a dit plus haut.

Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.

EXPLICATION.

PR.

1108. Nous avons vu précédemment par quelles personnes

chacun acquiert la propriété ou la possession ; les mêmes règles s'appliquent à l'acquisition des créances. Aussi Justinien étend-il aux créances des fils de famille, la distinction précédemment établie [514] pour l'acquisition des choses corporelles. Remarquons cependant qu'il n'admet ici ni usufruit ni propriété de la créance même : ces droits ne s'établissent pas sur l'obligation, mais sur son objet, sur la chose dont elle doit procurer l'acquisition ultérieure (*quod ex obligatione fuerit adquisitum*) au moyen d'une action, dont l'exercice est réservé au père, *patre actionem movente* (1).

1109. Quant aux esclaves, le maître devient par eux créancier de tout ce qui leur est dû par suite d'une stipulation ou de toute autre obligation (2). Lorsqu'il existe plusieurs maîtres, la créance se divise entre eux en proportion de la part qui appartient à chacun dans l'esclave même, excepté lorsque celui-ci contracte nommément pour un de ses maîtres ou par ordre de l'un d'eux ; car alors c'est à ce maître seul qu'il acquiert. Cette opinion, généralement admise dans le premier cas, et combattue dans le second par les Proculéiens (3), est adoptée par Justinien (4). Enfin, si l'un des maîtres se trouve dans l'impossibilité d'acquérir, par exemple, s'il est déjà propriétaire de la chose [989] ou s'il n'a point d'héritage auquel puisse s'attacher la servitude stipulée (5), la créance profite exclusivement aux autres maîtres (6).

§§ I et II.

1110. Ce qu'on a dit précédemment pour l'acquisition de la propriété, soit par l'esclave d'autrui dont nous avons l'usufruit, soit par toute autre personne, libre ou esclave, que nous possédons de bonne foi [519], Justinien le répète ici pour l'acquisition d'une créance (*a*).

(1) *Pr., h. t.; Justin. C.* 8, § 3, *de bon. quæ lib.* — (2) *Pr., h. t.;* § 1, *de stip. serv.* — (3) *Gaius,* 3 *inst.* 167. — (4) § 3, *h. t.; C.* 3, *per quas pers.* — (5) *Pomp. fr.* 17, *de stip. serv.* — (6) § 3, *de stip. serv.*

(*a*) Les mots *vel usum*, intercalés dans le § 2, *h. t.*, semblent assimiler l'usager à l'usufruitier, en accordant au premier tout ce que l'esclave acquiert *ex duabus causis*. Il est certain, au contraire, que l'usager acquiert par l'esclave, non ce qui provient *ex operis ejus*, mais seulement ce qui provient *ex re sua* (518 ; *Ulp. fr.* 14, *de us. et habit.*) ; aussi les mots *per usum* ne se trouvent-ils point dans Gaïus (3 *inst.* 164, 165). Voyez cependant Théophile.

Ainsi nous acquérons certaines obligations par une personne libre, que nous possédons de bonne foi, en la considérant comme notre esclave, ce qui exclut tacitement toute autre personne libre, parce que, comme nous l'avons vu, on ne peut rien acquérir *per liberam et extraneam personam*, si ce n'est la possession [522].

1111. Cette exception ne s'étend point aux obligations, ou du moins à toutes les obligations; car, dans le *mutuum* et dans plusieurs autres cas où l'obligation se forme par une dation, la nécessité a fait admettre un tempérament remarquable. En effet, pour acquérir la condiction qui résulte du *mutuum*, il n'est pas absolument nécessaire que je transfère moi-même la propriété des objets que je veux prêter; il suffit que je la fasse transférer par une autre personne, notamment par un mien débiteur, que je charge de payer entre les mains de l'emprunteur. Dans ce cas, les écus que ce dernier reçoit ne m'ont jamais appartenu, et néanmoins il sera tenu envers moi, comme si la somme dont il s'agit avait été comptée d'abord à moi par mon débiteur, et ensuite par moi-même à l'emprunteur (1). Au lieu de faire passer la chose de main en main, on la transfère une fois pour toutes à la personne qui doit avoir cette chose en dernier lieu; on fait deux aliénations, deux traditions en une seule, *celeritate conjungendarum inter se actionum unam occultari* (2). Alors il y a tradition de brève main, parce que sans cette fiction la *condictio* ne serait point acquise *per extraneam personam* (3).

(1) *Ulp. fr.* 15, *de reb. cred.* V. *Afric. fr.* 34, *mandat.* — (2) *Ulp. fr.* 3, §§ 12 *et* 13, *de donat. inter vir. et ux.* — (3) *Ulp. fr.* 43, § 1, *de jur. dot.*

TITRE XXIX.

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEINT UNE OBLIGATION.

Toute obligation s'éteint par le paiement de la chose due, ou lorsque le créancier y consent, par le paiement d'une chose différente. Et peu importe que le paiement soit fait par le débiteur lui-même, ou par un autre pour

TITULUS XXIX.

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit: nec tamen interest quis solvat utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et

alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri ut patiatur hæc verba debitorem dicere, QUOD EGO TIBI PROMISI HABESNE ACCEPTUM? et Titius respondeat, HABEO; sed et græce potest acceptum fieri, dummodo sic fiat ut latinis verbis solet: Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ: consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi, sed et id quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

2. Est prodita stipulatio quæ vulgo AQUILIANA appellatur, per quam stipulationem

lui; car le débiteur est libéré par le paiement que d'autres font soit à sa connaissance, soit à son insu, ou même malgré lui. Le débiteur qui paie, libère ceux qui se sont engagés pour lui, et réciproquement le fidéjusseur, en payant, se libère lui et le débiteur.

1. Une obligation s'éteint encore par acceptilation; or l'acceptilation est un paiement fictif. En effet, si Titius veut faire remise de ce qu'on lui doit en vertu d'une obligation verbale, il y parviendra en laissant prononcer au débiteur les paroles suivantes, « Ce que « je vous ai promis, le tenez-vous « pour reçu? » et en répondant lui-même, « Je le tiens pour reçu ». L'acceptilation peut aussi se faire en grec, pourvu que les expressions correspondent aux expressions usitées en latin, par exemple: Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Ce mode d'extinction s'applique, ainsi que nous l'avons dit, aux obligations formées par paroles, et non aux autres. Il a paru naturel en effet qu'une obligation formée par paroles pût se dissoudre par d'autres paroles; toutefois l'obligation résultant d'une autre cause peut être transformée en stipulation et s'éteindre par acceptilation. Comme la dette peut être valablement acquittée pour partie, l'acceptilation peut aussi avoir lieu pour partie de la dette.

2. Il existe une stipulation communément appelée Aquilienne, par laquelle on peut trans-

former une obligation quelconque en obligation verbale, et l'éteindre par acceptilation. En effet, la stipulation Aquilienne éteint par novation toutes les obligations. Gallus Aquilius l'a rédigée en ces termes : « Aulus Agérius a stipulé en disant : Pour tout ce que vous devez ou devrez donner ou faire, soit actuellement, soit à terme[1]; pour toute chose à l'occasion de laquelle j'ai action, pour toute demande, toute poursuite que j'ai ou aurai contre vous ; pour tout objet à moi appartenant que vous avez, détenez, possédez ou avez frauduleusement fait en sorte de ne pas posséder, vous me donnerez une somme équivalente. Numérius Négidius l'a promis; puis interrogeant à son tour Aulus Agérius, il a dit : Tenez-vous pour reçu tout ce que je vous ai promis aujourd'hui par la stipulation Aquilienne? Aulus Agérius, a répondu : Je le tiens pour reçu. »

contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est : « Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit, præsens in diemve[1], quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes, tenes possidesve, dolove malo fecisti quominus possideas; quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium : Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? Respondit Aulus Agerius : Habeo, acceptumque tuli. »

3. Les obligations s'éteignent aussi par novation, par exemple lorsque vous devez une chose à Séius, et que celui-ci la stipule de Titius ; car l'intervention d'un nouveau débiteur produit une obligation nouvelle, et la première, remplacée par la seconde, s'éteint. Quelquefois même, la seconde stipulation se trouve inutile, et néanmoins la première

3. Præterea novatione tollitur obligatio, veluti, si id quod tu Seio debeas a Titio dari stipulatus sit; nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem : adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti si id quod tu

(1) Actuellement, à terme ou sous condition, pour, etc.

(1) *Vulgo* : præsens in diemve AUT SUB CONDITIONE, quarumque, etc.

Titio debeas a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant.

Inde nostra processit constitutio quæ apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt : alioquin manere et pristinam obligationem,

s'éteint par novation : par exemple, si vous devez une chose à Titius, et que celui-ci la stipule d'un pupille non autorisé par son tuteur. Dans ce cas, la créance est perdue; car le premier débiteur est libéré, et la seconde obligation est nulle. Il n'en est pas de même quand on stipule d'un esclave; car alors le premier débiteur reste obligé, comme si personne n'avait stipulé. Lorsque vous stipulez du débiteur qui était déjà obligé envers vous, la novation ne s'opère qu'autant que la seconde stipulation contient quelque chose de nouveau, comme l'addition ou la suppression d'une condition, d'un terme ou d'un fidéjusseur. Lorsque nous disons que l'insertion d'une condition opère novation, nous voulons parler du cas où la condition s'accomplit; car autrement, si elle vient à défaillir, la première obligation subsiste. C'était un point constant chez les anciens, qu'il s'opère novation quand on contracte une seconde obligation avec intention de nover; mais il y avait doute sur la question de savoir à quoi l'on reconnaîtrait cette intention, et les uns appliquaient aux différents cas des présomptions que d'autres n'appliquaient pas.

Aussi notre constitution a-t-elle formellement décidé que la novation n'aura lieu qu'autant que les contractants auront exprimé l'intention de nover l'obligation primitive; qu'autrement cette obligation subsistera conjointement avec la seconde, de manière que le débiteur sera

doublement obligé. Ainsi l'a établi notre constitution, et la lecture qu'on en fera le démontrera plus clairement encore.

et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

4. Les obligations contractées par le consentement sont dissoutes par une volonté contraire. En effet, si par convention entre Titius et Séius, ce dernier achète le fonds de Tusculum pour la somme de cent, et si ensuite, avant que la convention soit exécutée, soit par le paiement du prix, soit par la tradition du fonds, ils s'accordent à résoudre la vente, ils sont réciproquement libérés. Il en est de même, ainsi que nous l'avons déjà dit, à l'égard du louage et de tous les contrats qui se forment par le consentement.

4. Hoc amplius, eæ obligationes quæ consensu contrahuntur contraria voluntate dissolvuntur : nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est, neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt.

EXPLICATION.

1112. Il arrive souvent qu'une obligation conserve une existence et des effets conformes à la rigueur du droit civil et contraires à l'équité; alors il serait inique de condamner le débiteur et cependant l'action donnée contre lui en cette qualité l'exposerait à une condamnation inévitable, si le préteur ne modifiait, par une exception, la rigueur de la formule. Dans ces différents cas l'action n'a aucun résultat, et l'obligation peut-être considérée comme indirectement éteinte; néanmoins les textes déclarent qu'elle continue de subsister (1).

Ici, au contraire, il s'agit des obligations éteintes *ipso jure* dans le sens le plus direct et le plus absolu, de celles à qui le droit civil ne reconnaît plus d'existence; en sorte que le juge, ne trouvant plus de débiteur, est dans l'impossibilité de con-

(1) §§ 1, 2, 3, 4 et 5, *de except.*

damner celui qu'on actionne comme tel, et doit l'absoudre indépendamment de toute exception.

Parmi les modes d'extinction dont s'occupe ce titre, quelques uns s'appliquent à toutes les obligations (*pr.*, *et* § 2); les autres dissolvent seulement les obligations verbales (§ 1), ou les obligations consensuelles (§ 4).

PR.

1113. Les mots *solvere* et *solutio*, dans leur acception la plus étendue, expriment la rupture du lien qui constituait l'obligation, et l'extinction de celle-ci par un moyen quelconque [938]. Dans un sens moins général, les mêmes expressions indiquent la libération la plus naturelle de toutes, celle qu'on obtient par l'accomplissement même de l'obligation, lorsque le débiteur exécute ce dont il est tenu [1]; enfin *solvere* et *solutio* signifient, à proprement parler, l'accomplissement de l'obligation qui consiste spécialement *ad dandum*. C'est en ce sens qu'est pris le mot paiement, lorsqu'on dit que pour payer il faut transférer la propriété [506].

1114. Nous avons vu que le paiement peut être fait au créancier, et aux personnes désignées par la convention même [1007] ou par le mandat du créancier [1088], et enfin que le paiement fait soit aux personnes qui n'ont pas qualité pour recevoir, soit au créancier lui-même lorsqu'il est incapable d'aliéner [504], n'éteint pas l'obligation. Les mêmes distinctions ne sont pas applicables à la personne qui paie : qu'il soit fait par le débiteur même ou par tout autre au nom du débiteur (*a*), de son aveu, à son insu ou même malgré lui, le paiement éteint toujours la dette [2], et libère le débiteur ainsi que ses fidéjusseurs et les autres personnes *qui pro eo intervenerunt* [3], sauf le recours que peuvent exercer par l'action de mandat ou par l'action *negotiorum gestorum*, ceux qui ont acquitté la dette d'autrui [1024].

Le paiement s'opère indépendamment de la volonté du créancier, et même malgré lui, lorsqu'on paie ce qui est dû

[1] *Ulp. fr.* 176, *de verb. signif.* — [2] *Text. hic*; *Gaius, fr.* 39, *de neg. gest.*; *fr.* 53; *Pomp. fr.* 23, *de solut.* — [3] *Text. hic*; *Ulp. fr.* 43, *eod.*

(*a*) Celui qui paie en son nom la dette d'autrui, *quasi ipse debeat* (*Paul. fr.* 65, § 9, *de cond. ind.*), paie indûment; il en résulte que le créancier, tenu à la restitution, conserve son action contre le débiteur (*Pomp. fr.* 19, § 1, *eod.*).

(*solutione ejus quod debetur*), c'est-à-dire tout ce qui est dû; car, en règle générale, le créancier n'est pas forcé de recevoir soit une chose pour une autre (*a*), soit une portion de la chose due (*b*). Ce n'est donc qu'avec son consentement que l'on scinde l'obligation par un paiement partiel ([1]), ou qu'on l'éteint en donnant *aliud pro alio*. Je dis qu'on l'éteint dans ce dernier cas, parce que le débiteur est libéré *ipso jure*, sans avoir besoin d'aucune exception ([2]), conformément à l'opinion des Sabiniens et contre le sentiment des Proculéiens ([3]), mal à propos reproduit par Pothier ([4]).

§ III.

1115. Le paiement est un mode d'extinction général qui s'applique à toute espèce d'obligation (*omnis obligatio*). Il en est de même de la novation ([5]).

Notre texte suppose une stipulation par laquelle Titius promet au créancier de Séius la chose dont ce dernier est débiteur : ici Titius s'oblige pour autrui comme le fidéjusseur, mais dans un autre but ; son obligation, au lieu de se joindre à celle du débiteur primitif, la renouvelle, la remplace et l'éteint. Ce renouvellement s'appelle novation ([6]) ; la stipulation qui l'opère se distinguait de toute autre, et notamment de la fidéjussion, par la seule intention des parties ([7]) ; mais Justinien exige que l'intention de nover soit formellement exprimée ([8]).

1116. Quelquefois cette stipulation, quoique nulle ou inutile, éteint l'obligation primitive sans la remplacer par une obligation valable, et laisse le stipulant sans action, par exemple, lorsqu'un pupille promet sans autorisation de tuteur ([9]). Cette décision dérive de ce principe, qu'une obligation naturelle contractée par le pupille non autorisé suffit pour nover l'obligation primitive ([10]), et cependant l'intervention des esclaves,

([1]) § 1, *in fin.*, *h. t.* — ([2]) *Text. hic ; Diocl. et Max. C.* 17, *de solut.* — ([3]) *Gaius*, 3 *inst.* 168. — ([4]) 46 *Pand.* 3, *n°* 65, — ([5]) §§ 1 *et* 2, *h. t.*; *Ulp. fr.* 1, § 1, *de novat.* — ([6]) *Ulp. fr.* 1, *eod.* — ([7]) *Text. hic, in fin.*; *Ulp. fr.* 6 ; *fr.* 8, §§ 3 *et* 5 ; *Pap. fr.* 28, *de novat.*; *Scævol. fr.* 20, § 1, *de in rem. vers.*; *Paul. fr.* 44, § 6, *de obl. et act.* — ([8]) *Text. hic, in fin.*; *C.* 8, *de novat.* — ([9]) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 176. — ([10]) *Ulp. fr.* 1, *de novat.*

(*a*) *Paul. fr.* 99, *de solut.*; *Diocl. et Max. C.* 18; *eod.* Voyez cependant Justinien (*nov.* 4, *cap.* 3), et observez que l'ouvrage d'un artisan diffère presque toujours du même ouvrage exécuté par tout autre. Aussi, dans ce cas, ne serait-on pas admis, malgré le créancier, à faire pour une autre personne ce qu'elle est tenue de faire par elle-même (*Ulp. fr.* 31, *eod.*).

(*b*) *Modest. fr.* 41, § 1, *de usur.*, sans doute à cause des nombreux inconvénients

dont la promesse produit une obligation naturelle ([1]), n'opère aucune novation ([2]). Cette différence entre le pupille et l'esclave tient, je crois, à la forme extérieure de la novation qui exige non seulement une obligation nouvelle, mais un contrat verbal, contrat auquel un *peregrinus* concourait inutilement lorsqu'on employait la formule *spondes spondeo* ([3]), et auquel les esclaves ne concourent jamais, si ce n'est *ex persona domini*, non pour promettre, comme on le suppose ici, mais uniquement pour stipuler [976]. Le pupille réunit au contraire les qualités requises pour figurer de son chef dans un contrat verbal; il peut stipuler, il peut répondre, et donner à la convention la forme extérieure d'une stipulation [996]. Cette stipulation opère novation, quoique le pupille ne soit point autorisé, parce qu'il en résulte une obligation naturelle qu'on n'oppose jamais au pupille lui-même, mais qui produit envers tout autre les mêmes effets qu'une obligation civile (*a*).

([1]) § 1, *de fidej.; Paul. fr.* 13, *de condict. indeb.; Ulp. fr.* 14, *de obl. et act.* — ([2]) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 176. — ([3]) *Diocl. et Max. C.* 6, *si cert. pet.*

---

qui résulteraient, pour le créancier, d'un paiement partiel (*Gaius, fr.* 3, *fam. erc.*). Alciat soutenait l'opinion contraire, en s'appuyant sur un texte de Julien (*fr.* 21, *de reb. cred.*), dont l'explication se trouve dans Vinnius (*hic, n°* 6) et dans Pothier (46 *Pand.* 3, *n°* 61). Remarquons à cet égard: 1° que le débiteur de plusieurs dettes peut contraindre le créancier à recevoir séparément le montant de chaque obligation (*Scævol. fr.* 15, *quib. mod. pign. solv.*); 2° qu'une seule et même obligation se divise par le décès du créancier ou du débiteur entre les héritiers de l'un et de l'autre, en sorte que les premiers ne peuvent agir, et que les seconds ne sont tenus de payer qu'en proportion de leur part héréditaire (*Gordian. C.* 6, *famil. ercisc.*; *C.* 1, *de hered. act.; Dec. C.* 2, *eod.*; V. 1316).

(*a*) Lorsqu'on interroge les textes pour y trouver une définition de l'obligation naturelle, ils opposent le *vinculum æquitatis* (*Pap. fr.* 95, § 4, *de solut.*) au *vinculum juris*, qui constitue l'obligation civile [938]. Paul (*fr.* 84, § 1, *de reg. jur.*) répond qu'une personne est obligée naturellement lorsqu'elle est astreinte par le droit des gens, lorsqu'on s'est fié à elle, *cujus fidem secuti sumus* (V. §§ 1 *et* 2, *quod cum eo*). Le pupille qui contracte sans autorisation s'oblige naturellement lorsqu'il s'enrichit, et jusqu'à concurrence de ce dont il s'enrichit, en ce sens que le *mutuum* et la stipulation produisent un effet, même contre lui; car il est soumis à une action, et ne peut répéter ce qu'il aurait payé, le tout *quatenus locupletior factus est* (*Ulp. fr.* 1 *et* 5, *de auct. tut.; fr.* 1, § 15, *depos.; Paul. fr.* 13, § 1, *de cond. indeb.*) Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'il ne s'enrichit pas, le pupille non autorisé ne s'oblige pas naturellement (*Nerat. fr.* 51, *eod.; Licin. Ruf. fr.* 59, *de obl. et act.*), en ce sens que l'obligation reste sans effet contre lui, et, par exemple, ne l'empêche pas de répéter ce qu'il a payé (*Nerat. d. fr.* 41); mais, dans un autre sens, et relativement à toute autre personne que le pupille, il existe une obligation naturelle qui suffit pour valider l'engagement accessoire des fidéjusseurs (*Scæv. fr.* 127, *de verb. obl.*) et pour opérer, comme on le voit ici, une novation qui nuit au stipulant et reste sans effet contre le pupille non autorisé. C'est donc mal à propos que Cujas (*ad Scævol. fr.* 127, *de verb. obl.; ad Pap. fr.* 95, § 2, *de sol.*) restreint l'obligation

1117. La stipulation qui donne au créancier un nouveau débiteur peut se former entre eux indépendamment de toute autre volonté, et alors la novation, comme le paiement fait par une tierce personne [1114], libère le débiteur primitif à son insu et malgré lui ([1]). Souvent, au contraire, la stipulation est la conséquence d'une délégation, c'est-à-dire d'un mandat donné au promettant par le débiteur primitif (*a*). Celui-ci délègue ou un étranger qui s'oblige envers le créancier, sauf à recourir contre le déléguant par l'action *mandati* ([2]), ou son propre débiteur qui s'oblige, soit envers un étranger, soit envers le créancier du déléguant. De là trois combinaisons : dont l'une opère changement de débiteur, l'autre changement de créancier, tandis que la troisième éteint deux obligations, en libérant le délégué envers le déléguant et celui-ci envers le stipulant. Dans ce dernier cas, la novation donne au délégué un nouveau créancier, au stipulant un nouveau débiteur. C'est un moyen dont on peut se servir pour transférer une créance (*b*).

1118. Quelquefois, et sans intervention d'aucune autre personne, le créancier stipule de son débiteur même, et celui-ci promet ce qu'il devait déjà en vertu d'une précédente obligation. La stipulation, dans ce cas, ne peut que confirmer le premier contrat ([3]). Aussi, pour opérer novation, faut-il stipuler *aliquid novi*, en substituant à un engagement pur et simple un engagement conditionnel ou à terme, et réciproquement (*c*). La stipulation à terme produit une obligation qui naît

([1]) *Paul. fr.* 91, *de solut.; Ulp. fr.* 8, § 5, *de novat.*— ([2]) *Paul. fr.* 13, *eod.* — ([3]) *Ulp. fr.* 4, 5, 6 *et* 7, *de reb. cred.; fr.* 6, § 1 ; *Pomp. fr.* 7, *de novat.*

---

naturelle du pupille non autorisé au cas où ce dernier serait *locupletior factus*. Il faut distinguer entre les effets dont l'obligation est susceptible, soit contre le pupille même, soit contre toutes autres personnes : relativement à ces dernières, il est indifférent que le pupille soit ou ne soit pas *locupletior* (V. *Gaius, fr.* 35, *de recept.; Pap. fr.* 25, § 1, *quando dies; Pomp. fr.* 42, *de jure jur.*). Il est bien entendu que nous parlons ici du pupille *pubertati proximus*, le seul qui ait *aliquem intellectum* (§ 10, *de inutil. stip.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 15, *depos.*).

(*a*) Ce mandat résulte, comme tout autre, du simple consentement (*Ulp. fr.* 17, *de novat.*). Dans un autre sens, la délégation se prend pour la novation même qui s'opère par stipulation (*Ulp. fr.* 11, *pr. et* § 1, *eod.*).

(*b*) *Gaius*, 2 *inst.* 38 *et* 39. La vente d'une créance ne transférait pas l'action du vendeur [781]; mais nous avons déjà vu qu'Antonin le Pieux (*Alex. C.* 5, *de her. vel. act. vend.*) a permis à l'acheteur d'agir contre le débiteur par action utile.

(*c*) *Forte si conditio aut dies aut* FIDEJUSSOR *adjiciatur aut detrahatur* (*text. hic*). Comment l'accession d'un fidéjusseur peut-elle opérer novation? Ce n'est pas en stipulant du débiteur même que le créancier engage un fidéjusseur, mais en stipu-

et remplace immédiatement l'obligation primitive, en sorte que le créancier ne peut plus agir qu'à l'échéance du terme [1]. La condition, au contraire, suspend l'obligation [966] et conséquemment la novation, jusqu'à l'événement prévu [2]. Ainsi l'obligation primitive subsiste, et soumet le débiteur à l'action du créancier, tant que la condition n'est pas accomplie, et à plus forte raison lorsqu'elle a défailli. Ce résultat contrarie directement l'intention des parties, du moins lorsqu'elles ont voulu substituer à une obligation existante la chance et l'espoir d'une obligation éventuelle, en sorte que le créancier n'ait rien à exiger qu'après l'événement de la condition. Telle peut être, en effet, l'intention des parties; mais cette intention suffit rarement pour dissoudre une obligation [1123]. Quant à la novation, elle suppose nécessairement une obligation nouvelle qui ne résulte pas encore de la stipulation faite sous condition; il faut donc reconnaître que l'obligation primitive subsiste. Toutefois, si le créancier voulait s'en prévaloir, le préteur maintiendrait la volonté des parties [1207], en accordant au défendeur l'exception de dol (*a*).

1119. La stipulation, que nous avons considérée jusqu'ici comme forme de la novation, n'en était cependant pas la forme exclusive. On novait aussi par la LITIS CONTESTATIO et par les NOMINA TRANSCRIPTITIA (*b*).

(1) *Ulp. fr.* 5, *de novat.* — (2) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 175; *Ulp. fr.* 8, § 1; *fr.* 14, *eod.*

---

lant d'une tierce personne qui s'oblige avant ou après le débiteur, sans le libérer, et par conséquent sans novation. Aussi n'est-ce pas un *fidejussor*, mais un *sponsor*, dont parle Gaïus (3 *inst.* 177, 178), ce qui semble indiquer que le *sponsor* s'engageait avec le promettant par un seul et même contrat, en intervenant pour ce dernier dans la stipulation, comme l'*adstipulator* intervient pour le stipulant. Quoi qu'il en soit, les Proculéiens considéraient l'addition ou la suppression du *sponsor* comme indifférente relativement à la novation (*Gaius, ibidem*).

(*a*) *Gaius*, 3 *inst.* 179. Lorsque la stipulation conditionnelle se fait avec une tierce personne, la novation ne s'opère et ne libère le débiteur qu'à l'événement de la condition; mais dans l'intervalle on ignore par qui sera due la chose, et dans cette incertitude le premier débiteur ne reste pas débiteur pur et simple; il ne doit que pour le cas où la condition de la nouvelle stipulation ne s'accomplirait point, comme s'il avait primitivement contracté sous la condition opposée (*Javol. fr.* 36, *de reb. cred.; Paul. fr.* 60, § 1, *de condict. indeb.;* V. *Gaius, fr.* 30, § 2, *de pact.*).

(*b*) Théophile (*lib.* 3, *tit.* 21) dit positivement que les *nomina transcriptitia* servent à opérer novation. Gaïus lui-même confirme cette idée en supposant, d'une part, que le créancier porte au passif de son débiteur ce que ce dernier devait précédemment *ex causa emptionis aut locationis*, etc., et d'autre part, qu'il porte au passif d'un nouveau débiteur, délégué par Titius, débiteur primitif, *id quod Titius*

Anciennement on se servait à Rome de registres domestiques, *codex accepti et expensi*, sur lesquels le père de famille inscrivait sa recette et sa dépense ou ses paiements, en indiquant, sous le nom des personnes qui se trouvaient en relation d'affaires avec lui, les valeurs portées soit en recette, à leur avoir, crédit ou actif, *acceptum*, soit en dépense, leur débet ou passif, *expensum*. En inscrivant au débet de Titius ce qu'il devait déjà par suite d'une vente, d'un louage, ou pour toute autre cause, on le libérait de son obligation primitive, que remplaçait une obligation nouvelle résultant de l'écriture même. Il en était de même, lorsque le créancier portait au passif d'un nouveau débiteur délégué par Titius les valeurs que devait ce dernier ([1]). Ainsi les *nomina transcriptitia* (*a*), comme la stipulation, opéraient novation, soit entre les mêmes personnes, *a re in personam*, soit au contraire par intervention d'un nouveau débiteur, *a persona in personam*.

On peut s'étonner, au premier aspect, qu'un étranger devienne mon débiteur, par cela seul que je l'ai inscrit, comme tel, sur mon registre ; mais il ne faut pas oublier que nous parlons ici d'une obligation formée par un contrat, ce qui suppose toujours le consentement du débiteur et du créancier. Aussi l'écriture faite par le créancier sur son registre ne suffisait-elle pas pour former et pour constater l'obligation, lorsqu'elle n'était pas confirmée par le registre du débiteur. C'est par la concordance des deux registres que l'obligation se trouvait formée et en même temps constatée ([2]).

1120. Nous reviendrons plus loin [1175, 1312] sur la LITIS CONTESTATIO, et sur la novation qui en résulte ([3]) en certains cas ([4]); novation dont nous avons déjà parlé [1021],

([1]) *Gaius*, 3 *inst.* 128, 129 *et* 130. — ([2]) *Cicer.*, *pro Roscio comœdo*, 1. — ([3]) *Ulp. fr.* 11, § 1, *de novat.; Gordian. C.* 3, *eod.* — ([4]) *Gaius*, 3 *inst.* 180, 181 ; 4 *inst.* 107.

---

debet (3 *inst.* 129 *et* 130). Cicéron (3 *offic.* 14), en parlant de l'acquisition faite par C. Canius, dit que l'acheteur *nomina facit, negotium conficit.* N'est-ce pas dire que l'obligation littérale résultant des *nomina* a remplacé l'obligation consensuelle résultant de la vente? S'il en était autrement, on ne comprendrait pas que Canius, comme le dit plus loin Cicéron, se trouvât dépourvu de toute espèce de recours.

(*a*) Les opérations de chaque jour étaient d'abord inscrites sur des registres mensuels, nommés *adversaria*, et reportés à la fin du mois sur le *codex accepti et expensi* (*Cicer. pro Roscio comœdo*, 2). C'est de là que viennent, selon moi, les mots *transcriptio* et *transcriptitia nomina*.

et qui du reste ne peut qu'améliorer la position du demandeur relativement au défendeur contre qui se donne l'action [1]. A cet égard, la *litis contestatio* diffère essentiellement de la novation conventionnelle, qui, en éteignant l'obligation primitive, anéantit les priviléges, les gages, et les hypothèques dépendant de cette même obligation [2].

§§ I et II.

1121. Lorsque le créancier reçoit ou une chose pour une autre, ou un engagement nouveau en place d'un engagement primitif, il y a, dans le premier cas, paiement, dans le second, novation [1115], et la dette s'éteint, de quelque manière qu'elle ait été formée. Arrive-t-on au même résultat par le simple consentement des parties qui s'accordent à dissoudre l'obligation, sans rien donner au créancier? Puisque les obligations, ou du moins les contrats, se forment par un concours de volontés, on doit les détruire par un concours de volontés contraires; mais comme le consentement ne suffit pas toujours pour lier les personnes, il ne suffit pas non plus pour les délier lorsqu'il n'est pas accompagné de formes semblables à celles qui ont fait naître l'obligation. Le droit civil admet, en effet, qu'un engagement se détruit de la même manière qu'il a été formé [3].

Ainsi l'obligation formée par stipulation (*verbis*) se dissout *aliis verbis*, lorsque le créancier, voulant faire remise de la dette, *si velit remittere* [4], répond à l'interrogation du débiteur qui lui demande, non pas s'il consent à éteindre la dette, mais s'il se considère comme payé, s'il tient la chose pour reçue : HABESNE ACCEPTUM? HABEO ACCEPTUMQUE TULI. De cette formule même est venu le mot *acceptilatio* qui rappelle toujours l'idée d'un paiement, lors même qu'il n'est que fictif. Aussi ce paiement imaginaire (*imaginaria solutio*) a-t-il tous les effets d'un paiement réel [5]. En effet, l'acceptilation peut être totale ou partielle, mais elle n'admet ni terme ni condition [6].

1122. Ce genre de libération s'applique exclusivement aux

(1) § 1 *in fin., de perp. et temp.; Paul. fr.* 86 *et* 87, *de reg. jur.* — (2) *Paul. fr.* 29, *de novat.* — (3) *Pomp. et Pap. fr.* 80; *fr.* 95, § 12, *de solut.; Ulp. et Gaius, fr.* 35 *et* 100, *de reg. jur.* — (4) § 1, *h. t.; Gaius,* 3 *inst.* 169. — (5) *Ulp. fr.* 7, § 1, *de liber. legat.; fr.* 16, *pr. et* § 1; *fr.* 13, § 7, *de acceptil.* — (6) § 1, *in fin., h. t.; fr.* 5, *de acceptil.; Pomp. fr.* 4, *eod.*

obligations verbales (1) ; mais comme les autres obligations sont toutes susceptibles d'être novées, et conséquemment remplacées par une stipulation, l'acceptilation, qui en pareil cas éteindrait l'obligation verbale, serait toujours une remise indirecte de la dette primitive, et par exemple d'un MUTUUM (2). Remarquez à cette occasion la formule d'une acceptilation générale dite Aquilienne (3).

§ IV.

1123. Cette précaution de nover l'obligation qui n'a pas été contractée *verbis* n'est pas nécessaire lorsqu'on veut dissoudre une vente ou tout autre contrat consensuel, sur lequel l'acceptilation opère indépendamment de sa forme, et seulement comme indice de la volonté des parties (4).

En effet, le simple consentement, lorsqu'il a suffi pour former un contrat, suffit aussi pour le dissoudre ; alors les parties sont respectivement affranchies des engagements qu'elles n'avaient pas encore remplis, *re nondum secuta* (5) : car autrement l'exécution même du contrat aurait déjà éteint les obligations qu'il avait produites ; et si les parties, pour rétablir les choses dans leur état primitif, convenaient de reprendre respectivement ce qu'elles ont payé ou livré, elles feraient par cela même un nouveau contrat, une seconde vente par exemple, mais la propriété transférée à l'acheteur ne reviendrait au vendeur que par une nouvelle tradition (6).

(1) § 1, *in fin., h. t.; Ulp. fr.* 8, § 3, *de acceptil.*— (2) § 1, *h. t.; Gaius*, 3 *inst.* 170; *Venul. fr.* 21, *de acceptil.; Ulp. fr.* 17, *de donat.* — (3) § 2, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 4, *de transact.*— (4) *Julian. fr.* 5, *de rescind. vendit.; Paul. fr.* 23, *de acceptil.*— (5) *Text. hic; Paul. fr.* 3, *de rescind. vend.* (6) *Nerat. fr.* 58, *de pact.; Gordian. C.* 1, *quando lic. ab empt.*

FIN DU LIVRE TROISIÈME.

LIBER QUARTUS.

TITULUS I.

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem (ut suo loco tradidimus) in quatuor genera dividuntur : hæ vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut injuria.

1. Furtum est contrectatio rei fraudulosa [1], vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere.

2. Furtum autem vel a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fiat et plerumque nocte, vel a fraude, vel a ferendo, id est, auferendo, vel a græco sermone, qui φωρὰς appellant fures. Imo et Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φωρᾶς dixerunt.

[1] *Vulgo* : Fraudulosa, LUCRI FACIENDI GRATIA, vel ipsius rei, etc.

LIVRE QUATRIÈME.

TITRE I.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT.

Après avoir exposé, dans le livre précédent, les obligations qui se forment par un contrat ou comme par un contrat, nous avons maintenant à examiner celles qui résultent d'un délit. Les premières, ainsi que nous l'avons dit, se divisent en quatre espèces; les secondes, au contraire, sont d'un seul et même genre. Elles naissent toutes de la chose, c'est-à-dire du délit même, savoir : du vol, du rapt, du dommage, de l'injure.

1. Le vol consiste à déplacer frauduleusement soit une chose, soit l'usage ou la possession de cette chose [1]. C'est un délit prohibé par la loi naturelle.

2. *Furtum* vient ou de *furvum*, qui signifie noir, parce que le vol se fait secrètement, dans l'obscurité et le plus souvent la nuit, ou de *fraus*, ou de *ferre*, comme pour dire emporter, ou de φὼρ, mot grec qui signifie voleur. Toutefois, c'est de φέρειν que les Grecs eux-mêmes ont tiré le mot φὼρ.

[1] Frauduleusement, et pour tirer profit, soit de la chose même, soit de l'usage ou de la possession, etc.

3. On distingue deux espèces de vols, l'un manifeste et l'autre non manifeste. Quant aux mots *conceptum* et *oblatum*, ils désignent, ainsi qu'on le verra plus bas, des espèces d'actions résultant du vol plutôt que des vols. Le voleur manifeste est celui que les Grecs nomment ἐπ' αὐτοφώρῳ, parce qu'il a été pris soit en flagrant délit, soit dans le lieu même du vol : tel est celui qui, après avoir volé dans une maison, est pris avant d'avoir passé la porte; ou qui, après avoir dérobé des olives dans un plant d'oliviers, du raisin dans une vigne, est pris dans ce plant ou dans cette vigne. Toutefois le vol manifeste s'étend plus loin encore : il suffit que le voleur ait été aperçu ou arrêté nanti de la chose volée, dans un lieu public ou particulier, par le propriétaire ou par tout autre, avant d'être arrivé au lieu où il voulait porter et déposer la chose; mais lorsqu'il est arrivé à sa destination, fût-il arrêté nanti de la chose volée, le vol n'est pas manifeste. D'après ce que nous avons dit sur le vol manifeste, on voit que tout autre vol serait non manifeste.

3. Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum : nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant; nec solum is qui in furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo loco deprehenditur quo fit : veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit, et qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehensus sit. Imo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset; sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quæ diximus intelligitur; nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

4. Le vol est appelé *conceptum* lorsque l'objet volé a été cherché et saisi chez vous en présence de témoins; et il existe contre vous, lors même que vous n'avez pas volé, une action particulière dite *concepti*. Le vol est appelé *oblatum*

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum

furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dedit, conciperetur; nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti, adversus eum qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est, concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt : cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt ; cum manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

5. Pœna manifesti furti, quadrupli est, tam ex servi quam ex liberi persona ; nec manifesti, dupli.

6. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet,

lorsque la chose volée, vous ayant été offerte, a été cherchée et saisie chez vous, pourvu que celui qui vous l'a remise ait agi, à dessein, pour qu'elle fût saisie chez vous plutôt que chez lui. Dans ce cas, vous avez contre ce dernier, lors même qu'il ne serait pas le voleur, une action dite *oblati*. Il existe aussi une action de vol prohibé contre celui qui s'oppose à la perquisition qu'on voudrait faire en présence de témoins. En outre, l'édit du préteur, au moyen de l'action de vol non exhibé, établit une peine contre ceux qui n'ont point exhibé la chose volée qu'on a cherchée et saisie chez eux. Ces actions *concepti* et *oblati*, celles du vol prohibé et du vol non exhibé, sont tombées en désuétude. En effet, la perquisition de l'objet volé ne se faisant plus d'après les anciennes formalités, ces actions ont, par une juste conséquence, cessé d'être en usage : il est d'ailleurs évident que quiconque reçoit et recèle sciemment un objet volé, est soumis à l'action de vol non manifeste.

5. La peine du vol manifeste, commis par un esclave ou par un homme libre, est du quadruple ; celle du vol non manifeste est seulement du double.

6. Il y a vol, non seulement lorsqu'on déplace la chose d'autrui pour la soustraire, mais en

général lorsqu'on en dispose sans la volonté du propriétaire. Ainsi, le créancier qui se sert du gage, le dépositaire qui se sert de la chose déposée, le commodataire qui, après avoir reçu la chose pour un usage déterminé, l'emploie à un usage différent, commet un vol; par exemple, lorsque, sous prétexte d'inviter ses amis à un repas, il emprunte de l'argenterie et l'emporte en voyage, ou lorsqu'après avoir emprunté un cheval pour se promener, il le conduit trop loin. Les anciens ont appliqué cette décision à un commodataire qui avait conduit le cheval à l'armée.

7. Toutefois on a décidé que, pour commettre un vol, en faisant de l'objet prêté un usage différent de celui qu'on en devait faire, il faut agir contre la volonté du propriétaire, et avec la persuasion qu'il ne consentirait pas s'il était prévenu; mais celui qui croit le contraire n'est point coupable. Cette distinction est sage, puisqu'il n'y a point de vol sans intention de voler.

8. Lors même que le commodataire croit agir contre la volonté du maître, tandis que ce dernier consent, on décide qu'il n'y a point de vol. De là cette question : Titius engage l'esclave de Mévius à soustraire chez son maître certains objets pour les lui apporter; l'esclave dénonce le fait à Mévius; celui-ci, voulant prendre Titius en flagrant délit, permet à l'esclave de lui porter plusieurs ob-

sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit : veluti, si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit. Quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset.

7. Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint, ita furtum committere si se intelligant id invito domino facere, eumque si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant extra crimen videri : optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committatur.

8. Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Mævium pertulerit; Mævius dum vult Titium in ipso delicto depre-

hendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo.

jets. Titius sera-t-il tenu par l'action de vol ou par l'action en corruption d'esclave, ou ne sera-t-il exposé à aucune des deux? Cette difficulté nous ayant été soumise, nous avons examiné les controverses élevées sur ce point par les anciens jurisconsultes, dont les uns n'accordaient ni l'action de vol, ni l'action en corruption d'esclave, tandis que les autres accordaient seulement l'action de vol.

Nos hujusmodi calliditati obviam euntes per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed et servi corrupti contra eum dari : licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus : ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.

Pour nous, voulant prévenir de semblables arguties, nous avons ordonné par une de nos décisions, qu'on aurait et l'action de vol et l'action en corruption d'esclave. Il est vrai que les mauvais conseils donnés à l'esclave ne l'ont point corrompu, et qu'ainsi les conditions de cette dernière action ne se trouvent pas réunies; mais cependant les projets du corrupteur tendaient à détruire la probité de l'esclave : aussi aura-t-on l'action pénale, comme si l'esclave eût été réellement corrompu. En effet l'impunité de la tentative encouragerait à commettre le même délit sur d'autres esclaves plus faciles à corrompre.

9. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit : veluti, si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit.

9. On vole quelquefois les personnes libres, par exemple, lorsqu'on soustrait au père un des enfants soumis à sa puissance.

10. Aliquando et suæ rei furtum quisque committit : veluti, si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.

10. Quelquefois même, on vole sa propre chose; par exemple, lorsque le débiteur soustrait au créancier la chose qu'il avait donnée en gage.

11. Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit : qualis est cujus ope consilio furtum factum est. In quo

11. Quelquefois on est tenu du vol que l'on n'a pas commis, lorsqu'on a donné aide et conseil pour le commettre; par exemple,

lorsqu'on fait tomber votre argent pour qu'un autre s'en saisisse; lorsqu'on vous arrête pour qu'un autre s'empare de ce qui vous appartient; lorsqu'on met en fuite vos moutons ou vos bœufs pour qu'un autre les enlève. Les anciens ont appliqué cette règle à un homme qui, au moyen d'un drapeau rouge, avait mis en fuite un troupeau de bœufs. Dans ces différents cas, ceux qui agissent par légèreté et non pour faciliter un vol sont tenus par une action *in factum;* mais si Mévius a aidé Titius à commettre un vol, tous deux en sont tenus. On donne encore aide et conseil pour commettre un vol, lorsqu'on place une échelle sous une fenêtre, lorsqu'on brise la fenêtre ou la porte, afin qu'un autre consomme le vol; ou lorsqu'on prête des instruments pour faire effraction, ou une échelle pour escalader les fenêtres, sachant bien dans quel but ils sont empruntés. Du reste, celui qui, sans fournir aucun aide pour commettre le vol, donne seulement des conseils et des exhortations, n'est pas tenu de l'action de vol.

numero est, qui tibi nummos excussit ut alius eos raperet, aut tibi obstiterit ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas vel boves fugaverit ut alius eas exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet; at ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.

12. Les personnes soumises à la puissance d'un ascendant ou d'un maître, commettent véritablement un vol lorsqu'elles lui dérobent quelque chose; cette chose devient furtive, et nul ne pourra l'usucaper tant qu'elle ne sera pas rentrée au pouvoir du propriétaire : cependant l'action de vol n'existe pas, car aucune

12. Hi qui in parentium vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini potestatem revertatur : sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos

actio nasci. Si vero ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est ope consilio ejus furtum factum esse.

action, quelle qu'en soit la cause, ne peut avoir lieu entre les personnes dont il s'agit. Toutefois si le vol a été commis avec l'aide et les conseils d'un tiers, comme il y a vol, ce dernier en sera tenu; parce qu'en réalité un vol a été commis avec son aide et ses conseils.

13. Furti autem actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.

13. L'action de vol appartient à ceux qu'intéresse la conservation de l'objet, lors même qu'ils n'en sont pas propriétaires; et elle n'appartient au propriétaire que lorsqu'il est intéressé à ce que la chose ne se perde pas.

14. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat; quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem ut, quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.

14. Aussi est-il certain que le créancier peut, à l'occasion du gage qu'on lui a dérobé, intenter l'action de vol, quoiqu'il ait un débiteur solvable; car il est plus avantageux pour lui de rester nanti du gage, que d'exercer une action personnelle : tellement que, dans le cas même où la chose a été soustraite par le débiteur lui-même, l'action de vol appartient encore au créancier.

15. Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonæ fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quem-

15. Pareillement, lorsque les vêtements qu'on a remis au foulon pour les nettoyer, ou au tailleur pour les raccommoder moyennant un salaire déterminé, ont été volés, c'est à lui, et non au propriétaire qu'appartient l'action de vol; parce que la perte est indifférente au propriétaire, qui peut, au moyen de l'action *locati*, se faire indemniser par le foulon ou le tailleur. L'acheteur de bonne foi, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de la chose qu'on lui a volée,

a toujours l'action de vol, comme le créancier. Quant au foulon et au tailleur, on a décidé qu'ils n'ont l'action de vol qu'autant qu'ils sont solvables, c'est-à-dire en état de payer au propriétaire l'estimation de la chose; car autrement le propriétaire ne peut pas être indemnisé par eux, et c'est à lui qu'appartient, dans ce cas, l'action de vol, parce qu'il a interêt à la conservation de la chose. Il en serait de même si le foulon ou le tailleur n'étaient solvables qu'en partie.

adinodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint; nam si solvendo non sunt, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est, et si in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.

16. Les anciens croyaient devoir appliquer au commodataire ce que nous avons dit du foulon et du tailleur; en effet, de même que le foulon se rend gardien de la chose, à raison du salaire qu'il reçoit, le commodataire qui reçoit une chose pour en user en est pareillement gardien.

16. Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est, transferenda veteres existimabant: nam, ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque qui commodatum utendum percipit, similiter necesse habet custodiam præstare.

Mais notre prévoyance a encore réformé ce point dans une de nos décisions. Ainsi le propriétaire pourra exercer à son choix ou l'action de commodat contre le commodataire, ou l'action de vol contre le voleur; mais il ne pourra point, après avoir opté, revenir d'une action à l'autre. Le propriétaire qui a préféré attaquer le voleur libère entièrement le commodataire; et au contraire, lorsqu'il attaque ce dernier, il n'a plus l'action de vol contre le voleur. C'est au commodataire qu'appartient alors cette action, pourvu toutefois qu'en attaquant celui-ci le propriétaire ait eu connaissance du vol. Mais le propriétaire qui, en exerçant l'action de commodat, a ignoré ou douté que la chose avait été volée chez le commodataire, et qui, plus tard, apprenant la

Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari; sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem: ita tamen, si dominus sciens

rem esse subreptam, adversus eum cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius et dubitans rem non esse subreptam apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est. Tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei qui pro re sibi commodata domino satisfecit; cum manifestissimum est, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituit ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit; omnimodo liberari eum qui rem commodatam accepit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit.

vérité, veut abandonner l'action de commodat pour intenter l'action de vol, aura dans ce cas la faculté d'attaquer le voleur sans rencontrer aucun obstacle; parce qu'en exerçant l'action de commodat, il n'agissait pas en connaissance de cause. Nous exceptons le cas où il aurait été satisfait par le commodataire: alors, en effet, le voleur se trouve entièrement libéré de l'action de vol envers le propriétaire, mais il y reste soumis envers le commodataire qui a payé la valeur de la chose. Et lorsque le propriétaire, ignorant la soustraction, a d'abord intenté l'action de commodat, puis ensuite, informé du fait, est revenu attaquer le voleur, il est évident que le commodataire se trouve entièrement libéré, quel que soit d'ailleurs le résultat de l'action que le propriétaire a exercée contre le voleur. Cette décision s'applique au commodataire sans distinguer s'il est solvable en tout ou en partie.

17. Sed is apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.

17. Le dépositaire ne se rend point gardien de la chose qu'il reçoit: il ne répond que de son dol, Ainsi lorsque la chose lui a été dérobée, l'action de dépôt n'a pas lieu contre lui pour restitution de cette chose; dès lors il n'a aucun intérêt à sa conservation, et ne peut par conséquent intenter l'action de vol. C'est au propriétaire qu'elle appartient.

18. In summa sciendum est quæsitum esse an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat. Et placet, quia furtum ex affectu consistit,

18. On a douté si l'impubère en dérobant la chose d'autrui, commet un vol. Et puisque le vol n'existe pas sans intention, on décide que l'impubère n'est tenu

comme voleur; que lorsqu'il approche de la puberté, et a par conséquent l'intelligence du délit qu'il commet.

ita demum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.

19. L'action du vol, soit pour le double, soit pour le quadruple, ne poursuit que la peine; car, pour la chose même, le propriétaire peut la réclamer séparément, soit par la revendication, soit par la condiction. La revendication a lieu contre le possesseur, sans distinguer si c'est par lui ou par une autre que le vol a été commis. La condiction, au contraire, a lieu contre le voleur lui-même ou contre son héritier, lors même qu'il ne possède pas.

19. Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet: nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.

EXPLICATION.

PR.

1124. On distingue quatre classes de contrats d'où naissent des obligations, réelles, verbales, littérales, consensuelles [941]: les obligations qui résultent des délits sont toujours réelles, en ce sens que pour se lier par un délit, il ne suffit jamais ni de le vouloir, ni de manifester cette volonté verbalement ou par écrit [1]. Il faut avoir commis le fait constitutif du délit; alors l'obligation naît, comme le dit Justinien, *ex re* [2] *ex facto*, [3], ou, pour parler plus exactement, du méfait, *ex ipso maleficio* [4]; car les délits supposent un fait nuisible et répréhensible.

Le délinquant peut être poursuivi tantôt par tout citoyen indistinctement, tantôt par certaines personnes déterminées. Dans le premier cas, il y a PUBLICUM JUDICIUM [5]; dans le second, délit privé. Justinien, d'après Gaïus [6], s'occupe de

[1] *Ulp. fr.* 2, § 19, *de furt.* — [2] *Text. hic.* — [3] *Ulp. fr.* 25, § 1, *de obl. et act.* — [4] *Text. hic; Gaius, fr.* 4, *de obl. et act.* — [5] *Pr. et* § 1, *de publ. jud.* — [6] 3 *inst.* 182; *fr.* 4, *de obl. et act.*

quatre délits privés : le vol, le rapt, le dommage et l'injure. D'autres méfaits non moins répréhensibles, non moins préjudiciables, produisent aussi des actions du même genre ; cependant l'action de dol, l'action *servi corrupti* (1) et plusieurs actions pénales (2) ne se trouvent point énumérées parmi les actions *ex maleficiis proditæ* (3). On se réfère constamment (*a*) aux délits précités, comme si le mot VELUTI était limitatif plutôt qu'énonciatif. Gaïus et Justinien ont-ils énuméré les délits? se sont-ils contentés de choisir quelques exemples? Pour répondre à cette question, il faudrait préciser le sens que les Romains attachaient aux mots DELICTUM et MALEFICIUM : les textes ne le disent pas, et les interprètes sont loin de s'accorder [1166].

Ce titre est spécialement consacré aux obligations qui résultent du vol.

§§ I et II.

1125. L'étymologie du mot *furtum* n'exige aucune explication ; quant à la définition du vol, nous savons déjà [464] que les meubles seuls sont susceptibles d'être volés, parce qu'on ne vole point une chose sans la déplacer (4) ; on ne vole pas davantage les meubles qu'on déplace sans intention ou dans une intention autre que celle de voler, *sine affectu furandi* [463]. Aussi notre texte fait-il consister le vol dans un déplacement frauduleux (*contrectatio fraudulosa*), et pour mieux préciser le genre de fraude qui caractérise le vol, on ajoute la définition, LUCRI FACIENDI GRATIA (5). En effet, le voleur n'agit pas seulement pour nuire aux autres ; en détournant soit la chose même, soit le simple usage, soit la possession de cette chose [1126, 1129], il cherche principalement à se procurer un profit ou un avantage (*b*).

(1) § 8, *h. t.*; § 23, *de action.* — (2) §§ 24 et 25, *eod.* — (3) §§ 18 et 19, *eod.* — (4) *Pomp. fr.* 15, *ad. exhib.*; *Paul. fr.* 3, § 18, *de adquir. vel amitt. poss.* — (5) *Paul. fr.* 1, § 3, *de furt.*; *fr.* 8, § 2, *arb. furt. cæs.* V. §§ 16 et 18, *de div. rer.*

(*a*) *Pr.* §§ 1 et 4, *de noxal. act.*; § 1, *de perp. et temp.*; *Gaius*, 4 *inst.* 76, 112, 182. Je citerais encore le § 2, *de pœn. tem. lit.*, si l'action *de dolo* ne s'y trouvait pas mentionnée par addition au texte de Gaïus (4 *inst.* 182).

(*b*) Il y a *lucrum* sans profit dans l'avantage que l'on trouve à obliger et à rendre service. C'est ainsi qu'on vole pour donner à autrui (*Gaius*, *fr.* 54, § 1, *de furt.*).

§ VI.

1126. Ainsi le dépositaire ou le créancier-gagiste qui se sert de la chose remise entre ses mains commet un vol d'usage [1]. Il en est de même du commodataire lorsqu'il use autrement qu'il ne doit user, notamment lorsqu'il prête à d'autre la chose qu'on lui a prêtée [2], et dans plusieurs autres cas cités par notre texte.

§§ VII et VIII.

1127. Ce qu'on vient de dire du commodataire s'applique à celui qui agit sciemment contre la volonté du propriétaire. Autrement, lorsqu'on se croit certain du consentement de ce dernier, on ne commet aucun délit (*extra crimen videri*). Point de vol en effet, SINE AFFECTU FURANDI [1125].

Réciproquement, ceux qui agissent contre les intentions qu'ils supposent au propriétaire ne commettent pas le vol qu'ils veulent et croient commettre, lorsque, sans le savoir, ils font ce que le maître connaît et permet (*furtum non fieri*). Suivant Pomponius [3], au contraire, le vol existe; mais il ne produit aucune obligation, aucune action, sans doute parce qu'il ne cause aucun préjudice [4].

Remarquez, à cet égard, la question qui s'est élevée parmi les anciens jurisconsultes, et la décision de Justinien, qui accorde l'action *furti* et l'action *servi corrupti* [5], dans un cas où les jurisconsultes refusaient l'une et l'autre, ou n'accordaient que l'une des deux [6]. Ils ne punissaient dans ce cas que le délit consommé; Justinien croit devoir punir la tentative, *tanquam re ipsa fuisset servus corruptus* [1140, 1395].

§ IX.

1128. On vole les choses, les personnes qui sont considérées comme choses, c'est-à-dire les esclaves, et même les personnes libres, lorsqu'elles sont *alieni juris* [7]. Nous savons en effet que le père de famille revendique en vertu du domaine quiritaire les enfants soumis à sa puissance [8].

(1) *Text. hic; Paul.* 2 *sent.* 31, § 29. — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 196; *Gaius, fr.* 54, § 1, *de furt.* — (3) *Fr.* 46, § 8, *de furt.* — (4) *Ulp. fr.* 145, *de reg. jur.* — (5) § 8, *h. t.*; *C.* 20, *de furt.* — (6) *Gaius*, 3 *inst.* 198; *Paul.* 2 *sent.* 31. — (7) *Gaius*, 3 *inst.* 199; *Ulp. fr.* 11, § 13, *de furt.* — (8) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*

§ X.

1129. En général, on ne vole pas sa propre chose [1]; cependant le débiteur qui soustrait les meubles par lui donnés en gage commet un vol, sinon quant à la chose même, du moins quant à la possession dont il prive le créancier [2]. Il en est de même du propriétaire qui soustrait sa propre chose des mains d'un usufruitier, ou d'un possesseur de bonne foi [3].

§ XVIII.

1130. C'est par l'intention que la soustraction est frauduleuse, qu'elle prend le caractère du vol et devient obligatoire; pour s'obliger de cette manière, il faut donc agir avec un discernement dont l'impubère reste incapable tant qu'il n'est pas *pubertati proximus* [4]. La même règle s'applique aux autres délits [5].

Il s'agit ici des impubères en général. Dans les contrats, on distingue l'impubère fils de famille et l'impubère *sui juris* ou pupille : le premier ne s'oblige jamais, même avec l'autorisation paternelle; le pupille, au contraire, s'oblige avec l'autorisation de son tuteur, même avant d'être *pubertati proximus* [996].

§ III.

1131. Les vols se distinguent en manifestes et non manifestes. Cette seconde classe comprend tous les vols qui ne sont pas rangés dans la première [6]; celle-ci reste donc seule à définir. Sur ce point, les opinions ont varié; la qualification de voleur manifeste, restreinte par plusieurs jurisconsultes au voleur pris sur le fait même, *in ipso furto, dum fit*, a été étendue par d'autres au voleur pris, soit dans le lieu, par exemple, dans la maison où a été commis le délit, *ubi fit*, soit même partout ailleurs, pourvu qu'il ait été pris avant d'arriver, avec la chose volée, au lieu où il se proposait de la porter [7]. Cette troisième opinion a prévalu, au troisième siècle, mais avec cette restriction que le voleur doit avoir été pris le jour même du vol [8]. Ainsi, en résumé, il y a vol manifeste, lorsque le

(1) *Paul.* 2 *sent.* 31, § 21. — (2) *Text. hic*; § 14, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 12, § 2; *fr.* 19, §§ 5 *et* 6, *de furt.* — (3) *Gaius*, 3 *inst.* 200; *Paul. fr.* 20, § 1, *de furt.* — (4) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 208. — (5) *Ulp. et Paul. fr.* 23 *et* 24, *de furt.*; *Gaius*, *fr.* 111, *de reg. jur.* — (6) *Text. hic, in fin.* — (7) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 184. — (8) *Paul. et Ulp. fr.* 3, 4 *et* 5, *de furt.*

voleur est pris sur le fait, *dum fit* ou *in faciendo* (1), en ce sens que le vol se continue, pendant toute la journée, jusqu'au moment où le voleur, nanti de la chose volée, arrive à sa destination (2).

Le vol doit-il être considéré comme manifeste, lorsque le voleur, qu'on n'a pas arrêté, a été vu nanti de la chose volée? Quoique Justinien semble décider affirmativement (*visus vel deprehensus*), la négative est certaine. Il faut saisir le voleur ou du moins le poursuivre ; et dans ce dernier cas, s'il échappe en abandonnant la chose, le vol n'en est pas moins manifeste (3).

§ IV.

1132. La loi des Douze Tables avait autorisé, pour la recherche des objets volés, des perquisitions domiciliaires faites en présence de témoins avec certaines solennités (4). Par suite la loi donnait deux actions pénales au triple, savoir : 1° l'action *furti concepti* contre la personne chez qui l'objet volé avait été cherché et découvert ; 2° l'action *furti oblati*, que cette même personne pouvait exercer contre ceux qui lui avaient offert et remis l'objet volé, précisément pour qu'on le trouvât chez elle plutôt que chez eux.

En autorisant la perquisition dont nous avons parlé, la loi n'avait pas prévu l'opposition de ceux chez qui on voudrait la faire ; mais le droit prétorien punit leur résistance par une action pénale *furti prohibiti* au quadruple (5). Ceux chez qui l'objet volé a été cherché et découvert sont également punis de ne l'avoir pas exhibé. Le préteur a établi contre eux une action *furti non exhibiti*, sur laquelle nous n'avons pas d'autre document que celui de notre texte.

Ces différentes actions sont tombées en désuétude avec la perquisition solennelle dont elles étaient la conséquence. Il n'est plus resté à l'occasion du vol que deux actions pénales, l'une *furti manifesti* contre l'auteur d'un vol manifeste, l'autre *furti non manifesti* tant contre l'auteur d'un vol non manifeste que contre les complices et contre les recéleurs d'un vol quelconque (6).

(1) *Paul.* 2 *sent.* 31, § 2. — (2) *A. Gell.* 11 *noct. attic.* 18. — (3) *Ulp. fr.* 7, §§ 1 *et* 2, *de furt.* — (4) *Gaius*, 3 *inst.* 192 *et* 193. — (5) *Text. hic* ; *Gaius*, 3 *inst.* 188, 192. — (6) *Text. hic, in fin.*

§ V.

1133. La peine du vol non manifeste a toujours été fixée pécuniairement au double [1]. La loi des Douze Tables infligeait au voleur manifeste une peine capitale qui n'est pas la peine de mort, du moins pour les hommes libres ; battus de verges et judiciairement attribués (*addicebatur*) au plaignant, ils subissaient une sorte de *capitis deminutio* dont le caractère reste incertain. Devenaient-ils esclaves? étaient-ils simplement assimilés à l'ADJUDICATUS ? C'était une question pour les jurisconsultes que Gaïus appelle anciens, et c'est une autre question aujourd'hui de savoir quelle était la condition de l'*adjudicatus* [2].

Quoi qu'il en soit, les préteurs ont remplacé la peine capitale par une peine pécuniaire qui est du quadruple, sans distinguer si le voleur est libre ou esclave [3]; seulement, dans ce dernier cas, on agit contre le maître du voleur, et l'action devient noxale [1291].

§§ XI et XII.

1134. La peine du vol est encourue, non seulement par le voleur, mais aussi par les recéleurs [4], et par tous ceux qui facilitent le vol *ope et consilio*, c'est-à-dire qui sciemment (*sciens cujus gratia*), et avec discernement [5], donnent aussi leur aide et leur assistance, *opem* [6]; car de simples conseils, ou même des instructions, ne suffisent pas [7], du moins lorsqu'ils n'ont été suivis d'aucun effet [8].

Les recéleurs et les complices du vol sont tenus comme voleurs non manifestes [1131] dans tous les cas, et indépendamment des actions que le délit pourrait d'ailleurs produire ou ne pas produire contre le voleur même [9]. En effet, lorsqu'un esclave ou un fils de famille a volé son père ou son maître, l'unité d'intérêt qui existe entre eux empêche l'action *furti*, comme toute autre action [10], mais le vol n'en subsiste pas moins avec toutes ses conséquences, soit pour la peine encourue par ceux

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 196. — (2) *Gaius*, 3 *inst.* 189, 199; *Theoph. lib.* 4, *tit.* 12. — (3) *Text. hic.* V. *pr., de perp. et temp.* — (4) § 4, *in fin.; h. t.; Ulp. fr.* 48, § 1, *de furt.* — (5) *Javol. fr.* 90, § 1, *eod.* — (6) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 202. — (7) *Text. hic, in fin.* V. *Ulp. fr.* 50, § 3, *de furt.*— (8) *Ulp. fr.* 36, *pr. et* § 2 ; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 10 ; *fr.* 53, § 2, *de verb. signif.* — (9) § 4, *in fin., h. t.; Paul. fr.* 34, *de furt.* V. *Pomp. fr.* 35, *pr. et* § 1, *eod.*— (10) § 6, *de noxal. act.; Paul. fr.* 16, *de furt.*

qui ont aidé le voleur [1], soit pour l'usucapion de la chose qui devient furtive (*a*).

§ XIII.

1135. La peine du double ou du quadruple est due par les personnes dont on vient de parler à celles qui avaient intérêt de conserver l'objet volé, intérêt que l'on a souvent sans être propriétaire, que le propriétaire n'a pas toujours, et d'après lequel on distingue à qui appartient l'action FURTI [2], et comment se détermine le montant de la condamnation. En effet, le double ou le quadruple se calcule sur l'intérêt du demandeur [3], et de là une différence importante entre l'action exercée par un étranger et l'action exercée par le propriétaire même. Dans le premier cas, l'intérêt du demandeur reste indépendant de la chose et de sa valeur ; dans le second cas, au contraire, il s'élève toujours à cette valeur [4] et souvent au delà [1147].

§§ XIV, XV, XVI et XVII.

1136. La possession du gage est une garantie qu'il importe au créancier de conserver, même lorsque le débiteur est solvable [5]. Aussi l'action de vol appartient-elle toujours, *omnimodo* [6], au créancier gagiste, comme à l'usufruitier, à l'usager [7] et au possesseur de bonne foi [8]. Les autres possesseurs n'ont pas moins d'intérêt, mais on ne veut pas qu'ils profitent de leur mauvaise foi [9] ; et, par la même raison, un premier voleur, dépouillé par un second, n'aura pas l'action de vol [10].

Dans plusieurs autres cas, l'intérêt que certaines personnes ont à ce que la chose ne soit pas volée, dépend d'abord de la responsabilité qu'elles encourent à l'occasion du vol, et subsidiairement de leur solvabilité. Ainsi, l'ouvrier à qui une chose est remise pour devenir chez lui l'objet d'un travail salarié, est responsable du vol, comme le commodataire qui use gratuite-

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 36, § 1, *de furt.* — (2) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 263 ; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 4 ; *Ulp. fr.* 10, *de furt.* — (3) *Ulp. fr.* 27, *eod.* — (4) *Javol. fr.* 74; *Pap. fr.* 80, § 1. V. *Ulp. fr.* 80, § 1 ; *fr.* 56, *eod.*— (5) § 14, *h. t.; Ulp. fr.* 15, § 2, *de furt.* — (6) § 15, *h. t.; Ulp. fr.* 15, § 2, *de furt.* — (7) § 2, *de bon. vi rapt.* — (8) § 15, *h. t.* — (9) *Ulp. fr.* 12, § 1, *de furt.* — (10) *Pomp. fr.* 76, § 1, *eod.*

(*a*) *Res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest* (*text. hic;* V. 461). Cette décision de notre texte n'est confirmée par aucun autre; elle semble même contredite par Dioclétien et Maximien (*C.* 10, *quod cum eo*).

ment (*a*). L'un et l'autre auront donc l'action *furti*, pourvu qu'ils soient solvables : autrement, en effet, leur responsabilité serait illusoire, et la perte retombant sur le propriétaire, c'est à lui qu'appartiendrait l'action (1). Les mêmes distinctions ne s'appliquent au dépositaire que dans un cas exceptionnel, lorsqu'il s'est offert au dépôt (2), ou lorsqu'il s'est chargé de la faute légère par une convention spéciale (3) ; mais, en général, il ne répond ni de cette faute, ni du vol, *custodiam non præstat* (4).

1137. Les personnes dont on vient de parler ont l'action *furti* à raison de la chose d'autrui qui était entre leurs mains ; dans le cas contraire, les personnes étrangères à la détention comme à la propriété de l'objet volé n'ont pas l'action, quel que soit d'ailleurs leur intérêt (5). Ainsi, par exemple, lorsque l'objet stipulé ou acheté a été volé dans l'intervalle du contrat à la tradition, on refuse l'action *furti* au stipulant et à l'acheteur qui supportent les risques (6), pour l'accorder au promettant ou au vendeur qui, jusqu'à la tradition, conserve la propriété et la possession. Aussi l'acheteur ne peut-il obtenir cette action qu'en se la faisant céder (*b*), c'est-à-dire en se faisant autoriser à exercer, au nom du vendeur, l'action qui appartient à ce dernier [712, 1300].

§ XIX.

1138. L'action *furti* est purement pénale, *tantum ad pœnæ persecutionem pertinet*, c'est-à-dire que le double ou le quadruple se paie indépendamment de l'objet volé. La restitution, quelle que soit d'ailleurs la personne à qui appartient l'action *furti*, doit toujours être faite au propriétaire (7), soit qu'il agisse en cette qualité contre un détenteur quelconque par la revendication, soit qu'il poursuive le voleur par la condiction furtive [1232].

(1) §§ 15 et 16, *h. t.*; *Gaius*, 3 *inst.* 205 et 206. V. *Ulp. fr.* 12 ; *fr.* 52, § 9 ; *Paul. fr.* 53, § 1, *de furt.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 35, *depos.* — (3) § 2, *de bon. vi rapt.* — (4) § 17, *h. t.*, § 3, *quib. mod. re contrah.* — (5) *Pap. fr.* 1, *de distract. pignor.*; *Gaius*, *fr.* 9, *de furt.* — (6) *Paul. fr.* 66, § 5 ; *fr.* 85 ; *Pap. fr.* 80, § 7, *de furt.* — (7) *Text. hic* ; *Ulp. fr.* 1. *de condict. furt.*

(*a*) Je ne parle pas ici des distinctions que Justinien croit devoir établir relativement au commodataire (*text. hic* ; *C.* 22, *de furt.*) ; le texte les expose assez longuement (§ 16, *h. t.*).

(*b*) § 3, *in fin.*, *de empt. vend.*; *Ulp. fr.* 14, *pr.* et § 1, *de furt.* Paul (2 *sent.* 31, § 17) donne l'action de vol au vendeur et à l'acheteur.

Cette condiction a lieu contre le voleur et même contre ses héritiers (1), tandis que l'action *furti*, comme toutes les actions pénales, se donne contre le délinquant, et n'a pas lieu, après sa mort, contre ses héritiers [1316].

(1) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 7, § 2, *de condict. furt.*

TITRE II.

DES BIENS ENLEVÉS PAR VIOLENCE.

Celui qui enlève de force la chose d'autrui, est également soumis à l'action de vol. Est-il en effet un déplacement moins conforme à la volonté du propriétaire, qu'un enlèvement à force ouverte? Aussi a-t-on dit avec raison que le ravisseur est un voleur renforcé. Cependant le préteur a introduit, relativement à ce délit, une action particulière qu'on appelle *vi bonorum raptorum* (action des biens enlevés par violence). Elle se donne pendant l'année au quadruple, après l'année au simple, même pour un seul objet et pour le plus mince objet. Toutefois le quadruple n'est pas tout entier pour la peine indépendamment de la chose que l'on poursuivrait séparément, comme dans l'action de vol manifeste. Le quadruple comprend la chose même; ainsi la peine est du triple, soit que le ravisseur ait ou n'ait pas été pris en flagrant délit. Il serait absurde, en effet, de se montrer moins sévère pour ceux qui enlèvent de vive force, que pour ceux qui détournent secrètement.

TITULUS II.

DE BONIS VI RAPTIS.

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti : quis enim magis alienam rem invito domino contractat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse; sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur VI BONORUM RAPTORUM, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non : ridiculum est enim levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.

1. Quia tamen ita competit hæc actio, si dolo malo quisque rapuerit, qui aliquo errore inductus suam rem esse existimans et imprudens juris eo animo rapuit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit.

1. Cette action n'a lieu contre le ravisseur que lorsqu'il agit de mauvaise foi. On doit donc absoudre celui qui enlève une chose dont il se croit mal à propos le propriétaire, et qui s'imagine, par erreur de droit, qu'un propriétaire peut employer la force pour retirer sa chose des mains du possesseur : d'où il suit que le ravisseur, agissant dans cette persuasion, ne sera pas même soumis à l'action de vol.

* Sed ne, dum talia excogitentur, * inveniatur via per quam raptores * impune suam exerceant avaritiam, * melius divalibus constitutionibus * pro hac parte prospectum est, ut * nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam * eamdem rem existimet; sed si quis * contra statuta fecerit, rei quidem * suæ dominio cadere; sin autem * aliena sit, post restitutionem ejus * etiam æstimationem ejusdem rei * præstare. Quod non solum in mobilibus rebus quæ rapi possunt, * constitutiones obtinere censuerunt, * sed etiam in invasionibus quæ circa * res soli fiunt, ut ex hac causa omni * rapina homines abstineant. *

Toutefois, pour éviter que, sous de pareils prétextes, les ravisseurs ne trouvent moyen d'exercer impunément leur avidité, les constitutions impériales ont pris à cet égard de plus sages précautions. Ainsi, aucun meuble, aucun animal ne devra être enlevé avec violence même par ceux qui croiraient en être propriétaires. En cas de contravention, le ravisseur, s'il est propriétaire de la chose, perdra sa propriété; si la chose ne lui appartient pas, il sera tenu de la restituer, et en outre d'en payer l'estimation. Les constitutions appliquent cette décision non seulement aux choses mobilières, susceptibles d'être enlevées, mais encore aux fonds qui seraient envahis : il faudra donc s'abstenir de toute violence.

2. In actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse; nam sive in bonis sit sive non sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit apud Titium sic ut intersit ejus eam rem non auferri, veluti si deposita re culpam quoque promisit, sive

2. On n'exige pas absolument, pour cette action, que la chose soit dans le patrimoine du demandeur; il suffit qu'elle intéresse son patrimoine. Conséquemment si Titius est locataire commodataire ou créancier gagiste de la chose enlevée, et même s'il en est dépositaire, mais dépositaire intéressé à ce qu'elle ne soit pas enlevée, c'est-à-dire s'il a consenti

à répondre même de sa faute, s'il est possesseur de bonne foi; s'il a un usufruit ou tout autre droit, par suite duquel il se trouve intéressé à ce que la chose ne soit pas enlevée, c'est à lui qu'appartient cette action. Il l'intentera pour obtenir, non pas la propriété, mais seulement ce dont l'enlèvement de la chose a diminué ses biens, c'est-à-dire sa fortune. Il faut dire, en règle générale, que dans tous les cas où un enlèvement clandestin donnerait à une personne l'action de vol, cette même personne aura aussi l'action *vi bonorum raptorum.*

bona fide possideat, sive usumfructum in ea quis habeat, vel quod aliud jus ut intersit ejus non rapi, dicendum est competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

EXPLICATION.

PR.

1139. L'action VI BONORUM RAPTORUM (*a*) aggrave la peine que le ravisseur encourrait par l'action de vol non manifeste : en effet, cette action se donne pour le quadruple. Il est vrai que ce quadruple comprend la restitution de la chose : ainsi la peine n'excède pas le triple; mais elle suffit pour aggraver la condition du ravisseur non manifeste contre qui l'action *furti* serait donnée seulement *in duplum* [1133].

Lorsque le rapt est manifeste, l'action *vi bonorum raptorum* reste la même; elle allégerait donc la condition du ravisseur, si l'on ne préférait dans ce cas l'action *furti manifesti*, qui est purement pénale, et par conséquent indépendante de la restitution de l'objet volé [1138]. Remarquons d'ailleurs que l'action *furti*

(*a*) *Vi bonorum raptorum* est une interversion; la phrase régulière serait *actio bonorum vi raptorum*. Ainsi la rubrique qui se trouve aux Pandectes (*liv.* 47, *tit.* 8, *de vi bonorum raptorum*), et que les éditeurs transcrivent communément ici, en tête de notre titre, doit s'entendre comme s'il y avait *de actione bonorum vi raptorum.*

est perpétuelle (1), tandis que l'action *vi bonorum raptorum* ne se donne *in quadruplum* que pendant une année utile. Après l'année, l'action se donne encore, mais seulement *in simplum* (2).

§ II.

1140. L'enlèvement par violence autorise l'action *vi bonorum*, dans tous les cas où la soustraction clandestine donnerait lieu à l'action *furti* (3). Conformément à cette règle générale, on applique ici les distinctions précédemment établies, sur l'intention du délinquant [1127], sur les personnes qui peuvent agir contre lui [1136] et sur les objets susceptibles d'être volés [1125].

Ainsi l'action *vi bonorum raptorum* appartient à ceux qui étaient intéressés à ce que la chose ne fût pas enlevée, parce qu'ils l'avaient *in bonis*, ou simplement *ex bonis*, en ce sens qu'ils étaient responsables de sa perte, *sic ut intersit ejus eam rem non perire.*

§ I.

1141. Par suite du même principe, l'action *vi bonorum raptorum* n'a lieu que pour les choses mobilières (4), et dans le cas seulement où le ravisseur, ayant le discernement nécessaire (5), agit dans une intention criminelle, *dolo malo* (6).

Remarquez, à cet égard, la décision de notre texte sur les personnes qui se mettent par force en possession des choses dont elles sont ou croient être propriétaires. Leur bonne foi suffit pour les soustraire à l'action *furti* et à l'action *vi bonorum raptorum* (7); mais, comme on ne doit jamais se faire justice par soi-même, Ulpien (8) nous avertit qu'elles encouraient une autre punition, qu'il n'indique pas. Quant à Justinien, il se réfère ici aux peines pécuniaires établies par Théodose (9), pour empêcher le propriétaire, ou celui qui se considère comme tel, d'enlever les choses mobilières *quæ rapi possunt*, et même d'envahir les immeubles.

(1) *Text. hic*, § 19, *de action.* — (2) *Text. hic*; *Gaius*, 3 *inst.* 209; *Ulp. fr.* 2, § 13, *vi bon. rapt.* — (3) § 2, *in fin.*, *h. t.*; *Ulp. fr.* 2, § 23, *h. t.* — (4) *Gordian. C.* 1, *h. t.* — (5) *Ulp. fr.* 2, *h. t.* V. § 18, *de obl. duæ ex del.* — (6) *Text. hic*; *Ulp. d. fr.* 2, § 18, *h. t.* — (7) *Text. hic*, § 7, *de usuc.* — (8) *fr.* 2, § 18, *h. t.* — (9) § 6, *de interd.*; *C.* 7, *unde vi.*

TITRE III.

DE LA LOI AQUILIA.

L'action du dommage causé à tort est établie par la loi Aquilia. D'après le premier chef de cette loi, quiconque aura tué à tort l'esclave d'autrui, ou un quadrupède appartenant à autrui et faisant partie du bétail, sera condamné à payer au propriétaire la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année.

1. Lorsque la loi, au lieu de dire un quadrupède indistinctement, précise un quadrupède faisant partie du bétail, c'est pour indiquer qu'elle concerne, non les chiens et les animaux sauvages, mais uniquement ceux qui, à proprement parler, vivent de pâturage, comme les chevaux, mulets, ânes, moutons, bœufs et chèvres. Il en est de même des porcs, parce qu'ils forment des troupeaux et vivent de pâturage. En effet, dans l'Odyssée, Homère dit, comme Martianus le rapporte dans ses Institutes :

TITULUS III.

DE LEGE AQUILIA.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam : cujus primo capite cautum est ut, si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

1. Quod autem non precise de quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet ut neque de feris bestiis neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum quæ proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit; nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Martianus in suis Institutionibus refert :

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

De ses porcs il conduit les troupeaux
Paître aux lieux qu'Aréthuse embellit de ses eaux.

2. Tuer à tort, c'est tuer sans en avoir le droit. Aussi celui qui tue un voleur n'est-il point tenu, du moins lorsqu'il n'avait aucun

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique

si aliter periculum effugere non potest.

3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin, non minus quam ex dolo ex culpa quisque hac lege tenetur.

4. Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur : nam si id a milite in campo, eove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admisit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

5. Item si putator, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit : si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit ut casus evitari possit, culpæ reus est; si proclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit; quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

6. Præterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.

autre moyen d'échapper au danger.

3. N'est pas non plus obligé par cette loi celui qui tue par accident, sans commettre aucune faute; car autrement la loi astreint chacun à raison de sa faute aussi bien que de son dol.

4. Ainsi lorsqu'en jouant ou en s'exerçant à lancer des flèches, on a percé votre esclave qui passait, il faut distinguer. En effet, si le fait a été commis par un militaire dans un champ qui sert habituellement à l'exercice des armes, il n'y a aucune faute de sa part; mais toute autre personne serait en faute. Les militaires seraient également en faute, si le fait arrivait partout ailleurs que dans le lieu destiné à leurs exercices.

5. Pareillement lorsqu'un bûcheron, en abattant une branche d'arbre, a tué votre esclave qui passait : si l'accident arrive sur un chemin public ou vicinal, le bûcheron qui n'a pas averti pour qu'on pût éviter la branche, est en faute; il est irréprochable lorsque l'esclave a été averti et n'a pas eu soin de se ranger. Le bûcheron est également irréprochable quoiqu'il n'ait pas averti, lorsqu'il travaille loin du chemin ou au milieu d'un champ où nul étranger n'avait droit de venir.

6. Le médecin est en faute, lorsqu'après avoir amputé votre esclave, il abandonne le traitement du malade, qui par suite vient à mourir.

7. L'impéritie est également considérée comme une faute, par exemple, lorsqu'un médecin tue votre esclave par une opération mal faite ou par un médicament mal administré.

8. Pareillement lorsque votre esclave est écrasé par des mules que le muletier n'a pu retenir à cause de son impéritie, le muletier est en faute; il en est de même lorsqu'il est trop faible pour retenir les mules qu'un plus fort aurait pu retenir. La même décision a été appliquée au cavalier qui, par faiblesse ou par impéritie, n'a pu contenir l'impétuosité de sa monture.

9. Ces paroles de la loi: « La » plus haute valeur que la chose » a eue dans l'année, » concernent le cas où l'esclave qu'on a tué, quoique boiteux, manchot ou borgne au temps de sa mort, a été dans la même année sans aucune infirmité et d'un grand prix. La loi veut dire qu'on sera tenu, non pas de sa valeur actuelle, mais de la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année. Aussi l'action de la loi Aquilia a-t-elle été considérée comme pénale, parce que l'obligation ne se borne pas au montant du dommage causé, mais s'élève quelquefois beaucoup au-dessus. Il en résulte que cette action ne se donne point contre

7. Imperitia quoque culpæ adnumeratur: veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.

8. Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque qui, cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

9. His autem verbis legis, QUANTI IN EO ANNO PLURIMI FUERIT, illa sententia exprimitur ut, si quis hominem tuum qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer et pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti hodie erit sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem, quia non solum tantum quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra

damnum nunquam lis æstimaretur.

10. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea quæ diximus; sed eo amplius quidquid præterea perempto eo corpore damni nobis allatum fuerit: veluti, si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit quam jussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt.

11. Liberum autem est ei cujus servus occisus fuerit, et judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, et capitalis criminis eum reum facere.

12. Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

13. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti

les héritiers, tandis qu'elle se donnerait contre eux, si le litige n'excédait jamais le dommage.

10. On a décidé, non d'après le texte de la loi, mais par interprétation, qu'il faut tenir compte, non seulement, comme nous l'avons dit, de l'objet qui a péri, mais en outre de tous les dommages que sa perte vous a causés. Tel est, par exemple, le cas où votre esclave institué par un étranger aurait été tué avant d'avoir fait adition par votre ordre. Il est certain qu'on devra aussi tenir compte de l'hérédité perdue. Pareillement, lorsque la mort d'une mule ou d'un cheval dépareille le couple ou le quadrige, ou lorsque le meurtre d'un esclave prive un mime de son compère, on tient compte non seulement de l'esclave ou de l'animal décédé, mais en outre de la dépréciation qu'ont éprouvée les autres esclaves ou les autres animaux.

11. Le maître dont l'esclave a péri est libre de poursuivre la réparation du dommage par l'action privée de la loi Aquilia, et de porter contre le meurtrier une accusation capitale.

12. Le second chef de la loi Aquilia n'est plus en usage.

13. Le troisième chef statue sur tous les autres dommages. Ainsi, lorsqu'on aura blessé un esclave ou un quadrupède faisant partie du bétail, lorsqu'on aura blessé ou tué tout autre quadrupède, comme un chien ou une bête

sauvage, l'action résultera de ce troisième chef. Cette partie de la loi punit également le dommage causé à tort sur tout autre animal, et même sur toutes les choses inanimées. Ainsi ce troisième chef établit une action pour les objets brûlés, brisés, détériorés; et toutefois le mot détériorés (*rupta*) suffisait pour exprimer seul autant que les autres mots; car *ruptum* s'entend de tout ce qui est altéré (*corruptum*) d'une manière quelconque. Il s'applique non seulement aux choses brûlées ou brisées, mais encore aux choses fendues, écrasées ou répandues, et à toutes celles qui périssent ou se détériorent d'une manière quelconque. Enfin, il a été répondu que ceux qui mêlent au vin ou à l'huile d'autrui des substances qui en altèrent la qualité naturelle, sont tenus par ce dernier chef de la loi.

14. Comme ceux qui font périr un esclave ou un quadrupède ne sont tenus, d'après le premier chef de la loi, qu'autant qu'il y a dol ou faute de leur part, pareillement on n'est tenu de tous autres dommages, en vertu du dernier chef, qu'en cas de dol ou de faute. Toutefois ce dernier chef oblige l'auteur du dommage pour la valeur que la chose a eue, non pas dans l'année, mais dans les trente jours précédents.

15. Le mot *plurimi* (la plus haute valeur) ne se trouve pas dans ce dernier chef; mais Sabinus a

canem aut feram bestiam vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur: si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur, quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.

14. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. Hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.

15. Ac ne PLURIMI quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit perinde haben-

dam æstimationem, ac si etiam hac parte PLURIMI verbum adjectum fuisset; nam plebem romanam quæ Aquilio, tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse quod prima parte eo verbo usa est.

décidé avec raison qu'il faut calculer l'estimation comme si le mot *plurimi* était exprimé : car les plébéiens, en portant cette loi sur la proposition du tribun Aquilius, ont pensé qu'il suffisait d'avoir employé ce mot dans le premier chef.

16. Ceterum placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent : veluti, si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit ut præcipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus aut aliqua corporis parte læsus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit, ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, cum non sufficiat neque directa neque utilis

16. On a décidé que l'action résultant directement de cette loi n'existe contre l'auteur du dommage que lorsqu'il l'a causé principalement avec son corps ; aussi, l'auteur du dommage causé de toute autre manière est-il tenu par des actions utiles : si, par exemple, on enferme l'esclave ou le bétail d'autrui jusqu'à ce qu'il meure de faim, si l'on pousse un cheval jusqu'à le faire crever, si l'on cause au bétail une telle épouvante qu'il se jette dans un précipice, si l'on persuade à l'esclave d'autrui de monter sur un arbre ou de descendre dans un puits, et qu'en montant ou en descendant, il se tue ou se blesse. Toutefois, si l'esclave, poussé du pont ou de la rive, tombe dans le fleuve et s'y noie, celui qui l'a poussé aura certainement occasionné le dommage avec son corps, et alors la loi Aquilia lui sera directement applicable. Mais lorsque le dommage n'a été causé ni avec le corps, ni sur un objet corporel, l'action directe et l'action utile de la loi Aquilia étant inapplicables, on a décidé que le délinquant sera soumis à une action *in factum* : par exemple, lorsque, touché de compassion pour

l'esclave d'autrui, il l'a détaché afin qu'il se sauvât.

Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri : veluti, si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

EXPLICATION.

PR., §§ II, III, IV, V, VI, VII et VIII.

1142. La loi Aquilia est un plébiscite porté l'an de Rome 528, sur la proposition du tribun Aquilius (1). Cette loi, dérogeant aux dispositions que des lois antérieures, entre autres celle des Douze Tables, contenaient sur le même sujet (2), a établi une action dite LEGIS AQUILIÆ (3), à cause de son origine, et DAMNI INJURIÆ (4) ou DAMNI INJURIA (5), parce qu'elle punit le *damnum* INJURIA *factum* (6).

En effet, pour être soumis à cette action, il ne suffit pas d'avoir causé un dommage, un tort, une diminution quelconque de la fortune d'autrui (7); il faut l'avoir causé INJURIA (8), en faisant ce qu'on n'avait aucun droit de faire, *nullo jure* (9) : car ici *injuria* désigne tout ce qui a lieu *non jure* ou *contra jus*, à tort, soit par dol, soit par simple faute (10), et alors même qu'il n'y aurait pas intention de nuire (11).

Cette faute, que l'on appelle Aquilienne, diffère essentiellement de celle dont nous avons parlé précédemment [1071, etc.] ; car, en matière de contrats, les personnes sont en faute par cela seul qu'elles ne font pas tout ce qu'elles doivent faire, *desidiæ atque negligentiæ nomine* (12); dans les délits, au contraire, la faute consiste à faire ce dont on doit s'abstenir. D'un autre côté, la faute aquilienne s'apprécie toujours *in abstracto*, et c'est en ce sens qu'Ulpien (13) l'appelle *levissima*. C'est ainsi qu'en certaines localités, et à défaut de certaines précautions,

(1) § 15, *h. t.; Ulp. fr.* 1, § 1, *ad leg. aquil.* — (2) *Ulp. d. fr.* 1. — (3) § 16, *h. t.*; § 19, *de action.* — (4) § 25, *eod.*; § 1, *de pœn. tem. lit.* — (5) *Pr., h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 3, *de vi bon. rapt.* — (7) *Paul. fr.* 3, *de damn. infect.* — (8) *Ulp. fr.* 3, *ad. leg. aquil.* — (9) § 2, *h. t.* — (10) *Pr., h. t.; Ulp. d. fr.* 5, § 1, *ad. leg. aquil.* — (11) § 3, *h. t.; Ulp. d. fr.* 5, § 1. — (12) § 3, *quib. mod. re contrah.*; *fr.* 41, *ad. leg. aquil.* — (13) §§ 4 et 5, *h. t.* V. *Paul, fr.* 10, *ad leg. aquil.*

un exercice ou même un travail dangereux pour autrui peuvent constituer une faute ([1]), qui résulte également de l'impéritie et même de la faiblesse ([2]) des personnes, lorsqu'elles entreprennent témérairement ce qui surpasse leur talent ou leurs forces. Dans ces différents cas, s'il arrive un dommage, il oblige ceux qui l'ont causé.

1143. En sens inverse, cette responsabilité cesse pour ceux qui n'ont aucune faute à s'imputer, *nulla culpa ejus* ([3]), c'est-à-dire pour ceux qui ont prévu tout ce que peut prévoir un homme intelligent ([4]). On est également sans faute relativement au dommage que l'on cause, ou par cas fortuit ([5]), ou en faisant ce que les règles du droit permettent et autorisent ([6]). Ainsi, par exemple, on peut abattre la maison du voisin pour arrêter un incendie ([7]); on peut repousser la force par la force ([8]), et même tuer ceux contre l'attaque desquels on n'a aucun autre moyen de défense. Dans ces différents cas, si l'on fait mourir un esclave, le maître n'a aucune action.

§ XII.

1144. On distingue dans la loi Aquilia trois chefs différents. Le second, dont je parlerai d'abord, établissait une action contre l'adstipulateur [1013] qui, pour frauder le stipulant, aurait fait remise de la dette au promettant, en le libérant par acceptilation. Cette infidélité soumettait l'adstipulateur à l'action *mandati*, et par conséquent à une condamnation infamante [1371]; mais l'action de la loi Aquilia est plus rigoureuse encore, du moins contre celui qui nie le fait, car alors la condamnation s'élève au double ([9]).

Ce second chef est tombé en désuétude lorsque les adstipulateurs eux-mêmes sont devenus inutiles, c'est-à-dire dès qu'on a pu stipuler *post mortem suam* [1013].

PR. et § 1.

1145. Le premier chef statue sur le dommage résultant de la mort des esclaves ou de certains quadrupèdes appelés PECUDES (*pecudum numero*), parce qu'ils vivent de pâturage (*quæ*

([1]) §§ 7 *et* 8, *h. t.* — ([2]) § 3, *h. t.* — ([3]) *Paul. fr.* 31, *ad. leg. aquil.* — ([4]) § 3, *h. t.* — ([5]) *Gaius*, 3 *inst.* 211; *Paul. fr.* 151, *de reg. jur.* — ([6]) *Ulp. fr.* 49, § 1, *ad leg. aquil.* — ([7]) *Paul. fr.* 45, § 4, *eod.* — ([8]) § 2, *h. t.*; *Gaius et Ulp. fr.* 4 *et* 5, *ad leg. aquil.* — ([9]) *Gaius*, 4 *inst.* 215 *et* 216.

proprie pasci dicuntur), comme les chevaux, les bœufs, les moutons, etc. On comprend, sous la même dénomination, les porcs (*quia pascuntur*), ainsi que les éléphants et les chameaux, à l'exclusion des chiens, des ours, des lions et autres animaux carnivores (1).

Ce premier chef de la loi produit contre le délinquant une condamnation égale à la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède a eue dans l'année qui a précédé sa mort (2).

§ IX.

1146. Voyez, dans le texte même, l'application de cette règle, et observez comment la condamnation qu'elle entraîne surpasse souvent l'estimation du dommage ; ainsi l'action, ne tendant pas seulement à indemniser le demandeur, devient pénale, et conséquemment ne se donne point contre les héritiers du délinquant, si ce n'est lorsqu'ils profitent du délit [1316].

§§ X et XI.

1147. En perdant une chose on perd sa valeur absolue et souvent aussi une valeur relative résultant, par exemple pour un esclave, de l'hérédité qui lui aurait été déférée, et, pour un animal, de sa similitude avec un ou plusieurs autres, similitude qui permettait de les apparier ou d'en former un attelage. La mort de cet animal déprécie les autres, et celle de l'esclave fait perdre l'hérédité qu'il ne peut plus acquérir à son maître [680].

La loi Aquilia ne s'était point exprimée sur cette valeur relative ; mais on a jugé, par interprétation, qu'il en faut tenir compte au propriétaire (3), en comparant l'avantage qu'aurait eu pour lui la conservation de la chose, et le désavantage qui résulte de sa perte. La différence, *quanti interfuit*, *quod interest* (4), forme ce qu'on appelle son intérêt, et la base de la condamnation (5). C'est ce même intérêt que l'action *furti* multiplie au double ou au quadruple (6), tandis que l'action *vi bonorum raptorum* multiplie seulement la valeur matérielle de la chose (7).

Le § 11 sera expliqué avec le § 10 au titre suivant [1163].

(1) § 1, *h. t.; Gaius, fr.* 2, § 2, *ad leg. aquil.* — (2) *Pr. h. t.; Gaius*, 3 *inst.* 210 ; *fr.* 2, *ad leg. aquil.* — (3) § 10, *h. t.; Gaius*, 3 *inst.* 212. — (4) *Ulp. fr.* 21, § 2, *ad. leg. aquil.*— (5) *Paul. fr.* 22, *pr. et* § 1 ; *Ulp. fr.* 23, *pr.* §§ 4 *et* 6, *eod.* — (6) *Ulp. fr.* 52, § 28 ; *Cels. fr.* 67, § 1, *de furt.* — (7) *Ulp. fr.* 2, § 13, *vi bon. rapt.*

§§ XIII, XIV et XV.

1148. Le troisième et dernier chef de la loi Aquilia établit une action pour tous les dommages autres que ceux spécifiés dans les premiers chefs [1] ; la teneur même de cette loi, telle qu'elle est rapportée au Digeste [2], justifie la double observation de notre texte sur les différentes époques auxquelles le premier chef et le troisième permettent de remonter pour déterminer la valeur des choses [3], ainsi que sur le mot PLURIMI exprimé dans le premier chef, omis et sous-entendu dans le troisième par les Sabiniens [4].

Voyez d'ailleurs le texte, en le comparant avec Gaïus [5] et Ulpien [6].

§ XVI.

1149. La loi Aquilia donne une action contre ceux qui ont tué [7], blessé, brisé, rompu, brûlé, et en général contre ceux qui ont fait le dommage, *damnum facit* [8]. Or, suivant les jurisconsultes, il existe une grande différence entre faire et occasionner, entre les faits qui produisent le dommage, qui donnent la mort, et les faits qui, sans avoir ce résultat immédiat, en seraient seulement devenus la cause, *causam præstitit* [9]. L'action directe de la loi Aquilia n'a lieu que pour les faits dommageables par eux-mêmes, indépendamment de toute autre circonstance [10], et seulement contre les personnes qui ont fait le dommage *corpore suo* en tenant la chose ou en la touchant [11], soit avec les mains, *suis manibus* [12], les pieds, la tête ou toute autre partie du corps, soit avec un instrument qu'elles ont personnellement dirigé [13]. Dans ce cas, l'action directe appartient au propriétaire de la chose détruite ou endommagée [14].

1150. Pour toute autre personne qui souffrirait du même fait, comme l'usufruitier, l'usager, le possesseur de bonne foi ou le créancier gagiste [15], et pour le propriétaire lui-même, lorsque l'auteur du dommage ne l'a point causé *corpore suo*, l'action n'existe plus directement et dans les termes de la loi ;

(1) § 13, *h. t.* — (2) *Gaius, fr.* 2 ; *Ulp. fr.* 21 ; *fr.* 27, § 5, *ad leg. aquil.* — (3) § 14, *h. t.* — (4) § 15, *h. t.* — (5) 3 *inst.* 217 *et* 218. — (6) *Fr.* 29, § 5 *et seqq.*, *ad leg. aquil.* — (7) *Gaius, fr.* 2, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 27, § 3, *eod.* — (9) *Ulp. fr.* 7, § 6 ; *fr.* 9, *fr.* 11, § 1, *eod.* — (10) *Javol. fr.* 57, *locat.* — (11) *Ulp. fr.* 11, § 5, *ad. leg. aquil.* — (12) *Ulp. fr.* 9, *eod.* — (13) *Ulp. fr.* 7, § 1 ; *fr.* 9, § 1 ; *fr.* 29, § 2, *eod.* — (14) *Ulp. fr.* 11, §§ 6 *et* 7, *ad. leg. aquil.* — (15) *Ulp. d. fr.* 11, §§ 8 *et* 10 ; *Paul. fr.* 30, § 1, *eod.*

mais d'après son esprit, *ex sententia legis* (1), et par extension de ses dispositions à un cas semblable, *ad exemplum legis* (2), *exemplo legis Aquiliæ* (3), on accorde une action utile (4) qui conduit au même résultat que l'action directe (5).

Jusqu'ici nous avons toujours supposé qu'un objet corporel a été lésé, c'est-à-dire détruit, blessé, dégradé ou détérioré (*corpus læsum*); cependant on peut nuire à une personne sans faire le moindre tort aux choses qui lui appartiennent, ou dont la conservation lui importe. C'est ce que démontre l'exemple rapporté à la fin de notre texte ; dans ce cas et autres semblables, il faudrait intenter une action *in factum* (6).

1151. Cette distinction entre l'action *in factum* et l'action utile de la loi Aquilia est d'autant plus remarquable ici que plusieurs textes semblent les confondre. En effet, l'action utile est elle-même *in factum*, et c'est ainsi que les jurisconsultes la qualifient souvent lorsqu'ils l'accordent soit au propriétaire contre ceux qui ont occasionné le dommage sans le faire *corpore suo* (7), soit aux autres personnes intéressées à la conservation d'une chose qui ne leur appartient pas (8).

L'action *in factum* utile est une action prétorienne introduite pour étendre l'application de la loi Aquilia (9), et qu'il faut éviter de confondre avec une action fictive dont nous parlerons plus loin [1221]. Quant à l'action *in factum* de notre texte, action *in factum* proprement dite, elle n'a plus rien de commun avec l'action directe ou utile de la loi Aquilia. Elle se présente ici pour suppléer à l'une et à l'autre, comme précédemment elle a suppléé à l'action *furti* (10) : en effet, l'esclave qui s'évade commet par cela même un vol de sa propre personne [461].

1152. L'action de la loi Aquilia concourt souvent avec d'autres actions résultant de différentes obligations, par exemple contre les dépositaires, locataires, commodataires, etc. ; et alors le demandeur peut choisir l'action qui résulte du contrat ou celle qui résulte du délit (11).

(1) *Diocl. et Max. C.* 6, *h. t.* — (2) *Nerat. fr.* 53, *ad. leg. aquil.* — (3) *Ulp. fr.* 17, § 3, *de usufr.* — (4) *Text. hic; Gaius,* 3 *inst.* 219. — (5) *Paul. fr.* 47, § 1, *de negot. gest.* — (6) *Text. hic, in fin.; Paul. fr.* 33, § 1, *ad. leg. aquil.* — (7) *Nerat. d. fr.* 53; *Ulp. fr.* 57, § 3; *fr.* 11, § 1; *fr.* 29, § 5; *fr.* 49, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 11, § 8; *fr.* 17, *eod.* — (9) *Pomp. fr.* 11, *de præscr. verb.* — (10) § 11, *de obl. quæ ex del.* V. *Ulp. fr.* 7, § 7, *de dol. mal.* — (11) *Julian. fr.* 42; *Ulp. fr.* 7, § 8; *fr.* 27, § 11, *ad. leg. aquil.*; *fr.* 7, § 4, *commod.*; *Gaius, fr.* 25, § 5, *locat. cond.*

TITULUS IV.

DE INJURIIS.

Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit : specialiter, alias contumelia quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriæ accipitur; alias iniquitas et injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. Cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

1. Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit; sed et si cui convitium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matrem familias aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit; sive cujus pudicitia attentata esse dicetur, et denique aliis pluribus

TITRE IV.

DES INJURES.

Injuria (injure) se dit en général de tout ce qu'on fait sans en avoir le droit. Dans un sens plus restreint, c'est tantôt *contumelia* (un affront), du mot *contemnere* (mépriser), et chez les Grecs ὕβριν : tantôt une faute, chez les Grecs ἀδίκημα. C'est en ce sens que la loi Aquilia parle du *damnum injuriæ* (dommage causé à tort). Tantôt c'est une iniquité, une injustice; chez les Grecs ἀδικίαν. En effet, lorsque le préteur ou le juge rend une décision illégale, on dit, en parlant de celui contre qui elle est rendue, qu'il éprouve *injuriam* (une injustice).

1. On commet une injure, non seulement lorsqu'on donne à quelqu'un des coups de poing, des coups de bâton, ou même des coups de verges, mais encore lorsqu'on lui fait outrage; lorsqu'on fait saisir les biens d'un prétendu débiteur pour une dette qu'on sait ne pas exister; lorsqu'on diffame une personne, soit en écrivant, composant, publiant un libelle en prose ou en vers, soit en contribuant avec mauvaise foi à le faire écrire, composer ou publier : lorsqu'on affecte de suivre, soit une mère de famille, soit un garçon ou une fille portant encore la robe prétexte; lorsqu'on cherche à corrompre la pudicité

d'une personne, et enfin dans beaucoup d'autres cas.

2. Un homme est injurié, non seulement par lui-même, mais encore par les enfants qu'il a sous sa puissance, ainsi que par son épouse; car cette opinion a prévalu. Ainsi lorsqu'on injurie une fille de famille mariée à Titius, l'action d'injure peut être intentée tant du chef de cette femme que du chef de son père et de son mari. Au contraire, l'injure faite au mari ne donne à la femme aucune action : il est juste en effet que la femme soit protégée par le mari, plutôt que le mari protégé par la femme. Le beau-père, qui a le mari sous sa puissance, peut aussi exercer l'action d'injure du chef de sa bru.

3. On n'injurie pas les esclaves personnellement; mais c'est le maître qui est injurié par ses esclaves, non comme il le serait par ses enfants ou par son épouse, mais seulement lorsqu'on a commis des excès ou des actes évidemment outrageants pour le maître : par exemple, lorsque son esclave a été battu de verges, et ce cas est un de ceux pour lesquels on a introduit l'action; mais pour une injure verbale, ou pour un coup de poing reçu par l'esclave, le maître n'a aucune action.

4. L'injure faite à l'esclave de plusieurs maîtres s'apprécie équitablement, non pas en raison de leurs parts respectives dans la propriété, mais d'après la personne

modis admitti injuriam manifestum est.

2. Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; item per uxorem suam : id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest : defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed et socer nurus nomine cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest.

3. Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur; non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, et quod aperte ad contumeliam domini respicit : veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.

4. Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum per-

sona, quia ipsis fit injuria.

5. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

6. Sed si libero qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit; tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.

7. Pœna autem injuriarum, ex lege Duodecim Tabularum, propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt, eam æstimare : ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriarum quæ ex lege Duodecim Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur : nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur

des maîtres, parce que ce sont eux qui reçoivent l'injure.

5. Lorsque Titius est usufruitier et Mévius propriétaire de l'esclave, c'est plutôt à Mévius que l'injure est faite.

6. L'injure commise envers un homme libre qui vous sert de bonne foi ne vous donne aucune action; mais cet homme peut agir en son propre nom, à moins qu'en le frappant on n'ait voulu vous offenser : car alors vous avez aussi l'action d'injures. Il en est de même pour l'esclave d'autrui qui vous sert de bonne foi : ainsi vous aurez l'action d'injures toutes les fois qu'on l'aura injurié pour vous offenser.

7. La peine des injures, d'après la loi des Douze Tables, était, pour la lésion d'un membre, le talion; pour fracture d'un os, des peines pécuniaires proportionnées à la grande pauvreté des anciens; mais, dans la suite, les préteurs ont permis à l'injurié d'apprécier lui-même l'injure qu'il a reçue, en laissant au juge la faculté de condamner le défendeur, soit au montant de cette appréciation, soit à une somme inférieure, selon qu'il le croira convenable. Les peines établies par la loi des Douze Tables sont tombées en désuétude; mais celle que les préteurs ont introduite, et qu'on appelle aussi honoraire, est restée en usage : en effet, l'injure s'apprécie plus ou moins haut, suivant la dignité des personnes et la considération dont elles jouissent. Cette

gradation dans les condamnations s'applique avec raison aux esclaves : ainsi un esclave intendant ne sera pas confondu, sous ce rapport, avec un homme de la moyenne classe, ni celui-ci avec les hommes du dernier rang ou avec les forçats.

æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.

8. La loi Cornélia parle aussi des injures. Elle a introduit une action d'injures pour celui qui se plaint, soit d'avoir été maltraité ou battu, soit de ce qu'on a forcé sa maison : nous entendons par sa maison celle qu'il habite, soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit gratuitement ou par hospitalité.

8. Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit.

9. L'injure est considérée comme grave, soit à raison du fait, par exemple, lorsqu'une personne reçoit une blessure ou des coups de bâton ; soit à raison du lieu, par exemple, lorsque l'injure est faite dans un théâtre, dans le forum, ou en présence du préteur ; soit à raison de la personne, par exemple, lorsque c'est un magistrat qui reçoit l'injure, ou lorsqu'elle est faite à un sénateur par un homme de basse condition, au père ou au patron par son fils ou par son affranchi. En effet, l'injure reçue par le sénateur, par le père ou par le patron, ne s'apprécie pas comme l'injure reçue par un étranger ou par un homme de basse condition. Quelquefois la gravité de l'injure dépend de la partie blessée ; par exemple, lorsqu'on a été frappé à l'œil. Peu importe, dans

9. Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus ; vel ex loco, veluti si cui in theatro vel in foro vel in conspectu prætoris injuria facta sit ; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis vel libertis : aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personæ injuria æstimatur. Nonnumquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percusserit ; parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit ; nam et hæc atrox æstimabitur.

10. In summa sciendum est de omni injuria, eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civiliter. Et si quidem civiliter agatur, æstimatione facta secundum quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur.

* Hoc videlicet observando quod * Zenoniana constitutio introduxit, * ut viri illustres quique super eos * sunt, et per procuratores possint * actionem injuriarum criminaliter * vel persequi vel suscipere, secun- * dum ejus tenorem qui ex ipsa ma- * nifestius apparet. *

11. Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque continebitur, qui dolo fecit vel curavit ut cui mala pugno percuteretur.

12. Hæc actio dissimulatione aboletur; et ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim ut passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

ce cas, que l'injurié soit père ou fils de famille; car il y a injure grave, même envers ce dernier.

10. Au reste, l'injurié peut agir, pour toute espèce d'injures, ou criminellement ou civilement. Dans l'action civile, la peine s'évalue comme on l'a dit précédemment; mais, dans l'action criminelle, le juge inflige d'office une peine extraordinaire.

On observera toutefois la constitution de Zénon, qui donne aux personnages illustres et à leurs supérieurs la faculté de plaider au criminel par procureur, soit en exerçant l'action d'injure, soit en y défendant, suivant la teneur de cette constitution, que l'on connaîtra mieux encore par son texte même.

11. L'action d'injures a lieu non seulement contre l'auteur du délit, c'est-à-dire, contre celui qui a frappé, mais encore contre ceux qui méchamment ont fait, ou ont contribué à faire frapper quelqu'un sur la figure.

12. Cette action s'éteint par le dédain. Ainsi, lorsqu'on méprise l'injure, c'est-à-dire, lorsqu'on la reçoit sans concevoir aucun ressentiment, on ne peut plus ensuite et par réflexion relever l'injure qu'on avait remise.

EXPLICATION.

PR.

1153. Le mot *injuria*, dont l'acception générale embrasse

tout ce qui est contre le droit [1142], prend, dans un sens spécial, trois significations différentes. Il exprime tantôt l'injustice, l'iniquité (*injustitia, iniquitas*), que souffrent les personnes illégalement condamnées par un magistrat ou par un juge (1); tantôt la faute (*culpa*) qui produit le *damnum injuriæ* ou *injuria datum*, dont il a été parlé au titre précédent; tantôt, et particulièrement dans ce titre, l'outrage ou l'affront (*contumelia*) qui affectent directement une personne, blessent, soit sa dignité, soit sa réputation (2), violent sa propriété (*a*), ou entravent la liberté de ses actions et l'exercice de ses droits (3).

§ I.

1154. En effet, l'injure résulte non seulement des coups reçus par une personne, des propos offensants tenus sur son compte (*convitium*), des écrits diffamatoires publiés contre elle (*libellum aut carmen*), mais aussi d'une multitude d'autres faits (*aliis plurimis modis*), qui toutefois ne constituent le délit d'injures que par la mauvaise intention de leur auteur; car nul n'injurie sans le savoir et sans le vouloir (4).

Parmi les exemples de notre texte, remarquez celui d'un prétendu créancier qui se fait envoyer en possession des biens [934] d'une personne qui ne lui doit rien, et qu'il sait ne lui rien devoir; remarquez aussi l'injure qui résulte de certaines assiduités et de l'attentat à la pudeur.

Adsectari se dit d'une personne qui en suit une autre sans parler (5). On appelle ici *mater familias* toute femme de bonnes mœurs [1392], mariée ou veuve, ingénue ou affranchie (6); et *prætextatus*, *prætextata*, les personnes de l'un ou de l'autre sexe portant encore la robe prétexte que les adolescents quittaient en se mariant, ou au plus tard à l'âge de seize ans accomplis (7).

Pudicitia attentata se dit de tous les moyens employés envers une personne pour lui faire oublier les lois de la pudeur (8).

(1) *Text. hic.* V. *pr., de obl. quæ quasi ex del.* — (2) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 2, *h. t.* — (3) *Paul. et Ulp. fr.* 23 *et* 24, *eod.* — (4) *Ulp. fr.* 3, §§ 1, 2, 3 *et* 4, *Paul. fr.* 4, *h. t.*; 15 *sent.* 4, § 2. — (5) *Ulp. fr.* 15, § 22, *h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 46, § 1, *de verb. sign.* — (7) *Ulp. fr.* 3, § 6, *de liber. exhib.* — (8) *Paul. fr.* 10, *h. t.*

(*a*) Ainsi, par exemple, chacun peut interdire, quand bon lui semble, l'accès du terrain qui lui appartient (§ 12, *de div. rer.*), et, dans ce cas, ceux qui entrent malgré le propriétaire, sont soumis à l'action d'injures (*Ulp. fr.* 12, § 7, *h. t.*).

§ II.

1155. L'injure faite aux fils de famille rejaillit sur l'ascendant à la puissance duquel ils sont soumis, du moins lorsque telle a pu être l'intention du délinquant (1), c'est-à-dire lorsqu'il a su injurier une personne *alieni juris* (2). Dans ce cas, il y a autant d'actions que de personnes offensées; mais l'action des fils de famille exercée par le père ne se confond pas avec l'action qu'il intente de son chef. Le montant des condamnations se règle toujours sur la considération personnelle de celui au nom de qui l'action est intentée [1156], c'est-à-dire sur la considération due au fils de famille, dans l'action qui est exercée en son nom par le père, et sur la considération due au père lui-même, dans l'action qu'il intente de son chef, à cause de l'injure qu'il reçoit par les enfants soumis à sa puissance (3).

En injuriant une femme, on injurie l'ascendant à la puissance de qui elle est soumise; on injurie aussi son mari (4) ou son fiancé (5); en sorte que le même fait peut obliger l'injuriant envers trois personnes différentes, et l'exposer, dans le cas prévu par notre texte, à trois actions dont chacune reste indépendante des autres (6). Il serait même tenu d'une quatrième action, s'il injuriait l'épouse d'un fils de famille; car alors l'injure s'étend jusqu'au père du mari (7), tandis que l'injure reçue par un homme *sui juris* se borne toujours à sa personne. Son épouse même n'aurait aucune action : on en donne pour motif que le mari doit protéger sa femme, et non pas être protégé par elle (18) : ainsi, lorsque l'injure de certaines personnes rejaillit sur nous, ce n'est pas précisément parce que nous avons de l'affection pour elles, mais plutôt parce qu'elles sont sous notre puissance ou du moins sous notre protection (*a*).

(1) *Paul.* 5 *sent.* 4, § 3. — (2) *Ulp. fr.* 1, §§ 3 *et* 8; *Paul. fr.* 18, §§ 4 *et* 5, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 30, § 1; *Paul.* 31, *h. t.* — (4) *Text. hic*; *Paul.* 5 *sent.* 4, § 3; *Alex. C.* 2, *h. t.* — (5) *Ulp. fr.* 15, § 4, *h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 1, § 9, *h. t.* — (7) *Text. hic, in fin.*; *Ulp. fr.* 1, § 3, *h. t.* — (8) *Text. hic*; *Paul. fr.* 2, *h. t.*

(*a*) *Vel potestati nostræ vel affectui subjecti* (*Ulp. fr.* 1, § 3, *h. t.*). Remarquons cette locution *affectui subjecti* : on pourrait croire que le jurisconsulte avait écrit *vel manui*. En effet, Gaïus (3 *inst.* 221) parle uniquement de la femme *in manu*; mais comment expliquer, dans cette supposition, ce qu'Ulpien dit de la fiancée (*fr.* 15, § 24, *h. t.*)? et comment concilier Gaïus avec lui-même lorsqu'il parle des actions données au mari et au père de la femme injuriée? Si cette femme est *in manu mariti*, peut-elle être sous la puissance de son père? et si elle est soumise à la puissance

§ III.

1156. On injurie un père de famille par ses esclaves, comme par son épouse ou ses enfants, mais seulement lorsque l'intention d'offenser le maître se démontre par la gravité du fait. Dans ce cas même, il n'y a qu'une injure, celle du maître : car celle de l'esclave est comme sa personne; le droit civil la considère comme n'existant pas (1). Conséquemment, au lieu de la double action que le père de famille intente et en son nom et au nom de ses enfants injuriés [1155], le maître agirait seulement en son propre nom, si le droit honoraire n'avait pas établi une action particulière que le maître exerce, en certains cas, du chef de son esclave (2).

On considère, à cet égard, la personne des esclaves : car il existe entre eux des rangs et des distinctions auxquels on a égard soit pour accorder ou refuser l'action (3), soit pour déterminer le montant des condamnations (4). Le maître agit alors du chef de son esclave; et conséquemment, s'il y a plusieurs maîtres, chacun agit en raison de la part qui lui appartient dans l'esclave injurié (5).

§ IV.

1157. Il en est autrement lorsque les maîtres agissent en leur nom et par l'action qui leur est propre. Alors c'est leur injure qu'ils vengent (*quia ipsis fit injuria*), et c'est leur personne que l'on considère (*ex dominorum persona*). Il ne s'agit plus ici de l'esclave, de sa personne et de son injure : on n'a donc plus à examiner si cet esclave appartient au demandeur pour la totalité ou pour partie, ni pour quelle partie.

(1) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 222. V. *Ulp. fr.* 32, *de reg. jur.*— (2) *Ulp. fr.* 15, §§ 34, 35, 43 *et* 44, *h. t.* — (3) *Ulp. d. fr.* 15, § 44. — (4) § 7, *in fin.*, *h. t.* — (5) *Ulp. fr.* 15, § 49; *Paul. fr.* 16, *h. t.*

---

paternelle, peut-elle être *in manu?* Quoi qu'il en soit, l'action du mari pour les injures de sa femme ne lui était pas accordée par tous les jurisconsultes; les doutes qui ont existé sur ce point (*text. hic*) concernent probablement les femmes qui n'étaient pas *in manu*.

§ V et VI.

1158. L'injure faite à un esclave rejaillit sur le propriétaire plutôt que sur l'usufruitier, ou sur le possesseur de bonne foi [1] : plutôt, c'est-à-dire dans le doute et en règle générale ; car l'injure retombe sur le possesseur ou sur l'usufruitier, lorsque tel a été le but de l'injuriant, *nisi in contumeliam tuam...*, *quoties in tuam contumeliam* [2].

Dans ce cas, l'usufruitier et le possesseur poursuivent en leur nom l'injure qu'ils ont reçue par une autre personne, mais non l'injure de cette personne. L'action qui serait exercée au nom de cette dernière appartient toujours à l'injurié même, lorsqu'il est libre, et, lorsqu'il est esclave, à son maître [3].

§§ VII et VIII.

1159. La peine des injures a été déterminée, par une disposition de la loi des Douze Tables tombée en désuétude, par les préteurs, c'est-à-dire, par des usages que les préteurs ont introduits ou maintenus [4], et enfin par une loi dite Cornélia, du nom de Cornélius Sylla, son auteur [5]. La loi des Douze Tables statuait, et la loi Cornélia statue sur certaines injures dont la distinction est suffisamment établie par notre texte. Remarquez toutefois celle qui résulte de la violation du domicile, et le sens particulier que prend à cette occasion l'expression *domus sua*.

Dans les cas prévus par la loi Cornélia, lorsqu'on agit pour obtenir une condamnation pécuniaire, l'évaluation en est abandonnée au juge [6]. Quant au droit prétorien, il autorise le demandeur à faire lui-même une évaluation que le juge ne dépasse point, quoiqu'il puisse restreindre la condamnation, en appréciant le mérite ou la réputation de la personne injuriée, et la considération qu'elle mérite [7].

§ XI.

1160. Nous commettons une injure par nous-mêmes ou par

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 15, § 47, *h. t.* — (2) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 15, § 48. — (3) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 15, § 48. — (4) § 7, *h. t.*; *Paul.* 5 *sent.* 4, § 6. V. *Cujac.*, *ibid.* — (5) *Venul. fr.* 12, § 4; *de accus.* — (6) *Marcian. fr.* 37, § 1, *h. t.* — (7) § 7, *h. t.*; *Gaius*, 3 *inst.* 224.

d'autres personnes qui agissent à notre instigation ou par nos ordres, soit gratuitement, soit pour un salaire ([1]), et alors l'action d'injures se donne tant contre l'auteur du fait que contre ses fauteurs ([2]).

§ XII.

1161. Cette action n'existe que contre ceux qui ont voulu offenser [1153], et réciproquement elle n'existe que pour ceux qui, en recevant l'injure, en ont conçu et gardé le ressentiment (*statim.... ad animum suum revocaverit*). Il suffit de l'avoir méprisée d'abord (*dereliquerit*) pour ne pouvoir pas ensuite revenir sur une offense abandonnée (*remissam*). C'est en ce sens qu'un pardon tacite (*dissimulatione*) empêche absolument l'obligation et l'action ([3]).

Dans le cas contraire, l'action qu'un ressentiment primitif permettrait d'obtenir s'éteint aussi par un abandon postérieur que fait présumer le silence de l'injurié, lorsqu'il n'a point agi dans l'année ([4]), ou avant de mourir ([5]). L'action d'injures s'éteint à plus forte raison par la remise expresse qui résulte d'une transaction ou de toute autre convention entre les parties ([6]).

§ IX.

1162. Justinien distingue ici plusieurs circonstances dans lesquelles l'injure, prenant un caractère plus grave, se nomme *atrox* ([7]); mais il n'explique pas les conséquences de cette distinction. Gaïus (*a*) indique seulement une différence dans la procédure. L'affranchi ne peut agir contre son patron que pour injures graves, et la même règle s'applique aux enfants à l'égard du père lorsqu'ils ne sont pas sous sa puissance ([8]). On a supposé, d'après un rescrit de Caracalla ([9]), qu'antérieurement l'injure grave ne se poursuivait pas civilement, et ne donnait lieu qu'à une poursuite criminelle; mais cette conjecture de Schulting est détruite par Gaïus ([10]).

([1]) *Ulp. fr.* 11, §§ 3, 4, 5 *et* 6, *h. t.*— ([2]) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 11, *pr.* — ([3]) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 11, § 1. — ([4]) *Diocl. et Max. C.* 5, *h. t.* — ([5]) § 1, *de perpet. et temp.*; *Ulp. fr.* 13, *h. t.* — ([6]) *Ulp. fr.* 11, § 1, *h. t.* — ([7]) *Text. hic; Gaius*, 3 *inst.* 225; *Paul.* 5 *sent.* 4, § 10; *Ulp. et Paul. fr.* 7, §§ 7 *et* 8; *fr.* 8 *et* 9, *h. t.*—([8]) *Ulp. fr.* 7, §§ 2 *et* 3, *h. t.*—([9]) *Ulp. d. fr.* 7, § 6. — ([10]) 3 *inst.* 224.

(*a*) 3 *inst.* 224. Voyez Ulpien, dans la *Collation des lois mosaïques*, tit. 2.

§ X.

1163. En règle générale, les peines dont le délinquant est passible peuvent être poursuivies civilement ou criminellement : civilement, lorsque le demandeur agit dans son intérêt privé, par une action civile ou prétorienne, telles que les actions pénales *furti*, *vi bonorum raptorum* ou *damni injuriæ* ; criminellement, au contraire, lorsqu'on demande, dans un intérêt public, la punition du coupable. Ces deux poursuites se cumulent en ce sens qu'elles peuvent être exercées successivement par la même personne, à l'occasion du même fait, et contre le même délinquant (1). Le délit d'injures ouvre aussi deux poursuites ; mais l'injurié ne peut les exercer successivement. Il n'a que le choix (2), parce que l'action *injuriarum* ne se fonde pas essentiellement, comme l'action *damni injuriæ*, sur le dommage causé au demandeur ; mais plutôt sur l'offense qu'il a reçue et dont il poursuit la vengeance. Sous ce rapport, l'action *injuriarum* tend au même but que la poursuite criminelle (3).

La nature des affaires criminelles exige ordinairement que chacun accuse, et surtout que chacun défende par soi-même (4). Remarquons cependant l'exception introduite par Zénon en faveur des personnes illustres : lorsqu'elles poursuivent ou lorsqu'elles sont poursuivies pour injures, on leur permet d'accuser ou de défendre par procureur (5).

(1) § 11, *de leg. aquil.; Ulp. fr.* 14, § 1, *de præscr. verb.; Valent. et Gratian. C. quando civ. act.*—(2) *Text. hic ; Paul. fr.* 6, *h. t.*—(3) *Ulp. fr.* 7, § 1, *h. t.*—(4) *Paul.* 5 *sent.* 4, § 12 ; *Pap. fr.* 13, § 1, *de publ. jud., Diocl. et Max. C.* 15, *de accus. et inscript.* — (5) *Text. hic ; Zen. C.* 11, *h. t.*

TITULUS V.

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur : sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per impruden-

TITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI SE FORMENT COMME PAR UN DÉLIT.

Le juge qui fait un procès sien n'est pas précisément obligé par un délit. Ce n'est ni un délit ni un contrat qui l'oblige, et cependant il a failli, ne fût-ce que par ignorance : aussi est-il tenu com-

me par un délit, et le juge appréciera dans sa religion et son équité le montant de la condamnation.

1. Pareillement, lorsque les choses jetées ou répandues de l'intérieur d'un appartement ont nui à quelqu'un, celui qui habite l'appartement, sans distinguer s'il est propriétaire ou gratuitement logé ([1]), est obligé comme par un délit. Ce n'est point précisément un délit qui l'oblige; car le plus souvent il répond de la faute d'autrui, de la faute de ses esclaves ou de ses enfants. Il en est de même de ceux qui ont laissé poser ou suspendre sur un passage habituellement fréquenté des objets dont la chute peut être nuisible : la peine, dans ce cas, est fixée à dix sols d'or. Quant aux choses jetées ou répandues, l'action se donne pour le double du dommage causé. En cas de mort d'un homme libre, la peine est de cinquante sols d'or : si la personne n'est pas morte, mais seulement blessée, le montant des condamnations est laissé à l'équité du juge, qui doit compter les honoraires payés au médecin, les autres dépenses causées par le traitement, et en outre le temps qu'a perdu ou que perdra le blessé devenu incapable de travailler.

2. Lorsqu'un fils de famille habite un appartement qui n'est

([1]) S'il est propriétaire, locataire, ou, etc.

tiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri : et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

1. Item is ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius vel in quo gratis habitabat ([1]), dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is qui, ea parte qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet quod potest, si ceciderit, alicui nocere : quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero quod dejectum effusumve est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur : si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia quæ in curatione facta sunt, præterea operarum quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est.

2. Si filiusfamilias seorsum a patre habitaverit, et quid

([1]) *Vulgo* : vel proprio ipsius, VEL CONDUCTO, vel in quo, etc.

ex cœnaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit in patrem nullam esse actionem; sed cum ipso filio agendum. Quod et in filiofamilias judice observa ndum est, qui litem suam fecerit.

3. Item exercitor navis aut cauponæ aut stabuli de damno aut furto quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur : si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret. Cum enim neque ex contractu (1) sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

(1) Neque ex maleficio neque ex contractu, etc.

pas celui de son père, soit qu'on jette ou qu'on répande quelque chose de chez lui, soit qu'on y pose ou qu'on y suspende un objet dont la chute serait dangereuse, Julien décide qu'il n'y a aucune action contre le père, mais qu'il faut agir contre le fils lui-même. Cette décision s'applique au juge fils de famille, lorsqu'il fait un procès sien.

3. Pareillement le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une hôtellerie, est tenu, comme par un délit, du dommage ou du vol commis dans un navire, dans l'auberge ou dans l'hôtellerie; pourvu toutefois que le délit ait été commis, non par le maître lui-même, mais par un de ceux qu'il emploie au service du navire, de l'auberge ou de l'hôtellerie. En effet, ce n'est pas d'un contrat (1) que résulte ici l'action donnée contre lui; cependant il est, jusqu'à un certain point, coupable d'avoir de mauvais sujets à son service : aussi est-il tenu comme par un délit. Dans ces différents cas, on accorde une action *in factum*, qui se donne à l'héritier, mais non contre l'héritier.

(1) Ce n'est ni d'un délit ni d'un contrat, etc.

EXPLICATION.

PR.

1164. La loi Aquilia statue sur le dommage résultant soit

de la mort d'un esclave ou d'un animal, soit des blessures qu'il a reçues, et en général de la perte, destruction ou détérioration d'un objet corporel. Tout autre dommage donne lieu à une action *in factum* [1151], dont nous retrouvons ici plusieurs applications [1].

La première concerne le juge qui, par une sentence mal rendue, fait tort à l'une des parties. Alors on dit que le juge LITEM SUAM FACIT [2].

1165. C'est ce qui arrive lorsqu'il a mal jugé, soit en ne se conformant pas exactement au mandat que contient la formule [3], soit en violant les règles du droit, ne fût-ce que par erreur ou par ignorance, *licet per imprudentiam* [4], et à plus forte raison, lorsque, par inimitié, par faveur ou par corruption, il a commis un dol en éludant à dessein la disposition des lois [5]. Dans ce dernier cas, la sentence est nulle [6], sans qu'il soit nécessaire d'en appeler pour la faire réformer, et néanmoins le juge prévaricateur doit indemniser la partie lésée, c'est-à-dire sans doute le demandeur, qui perd son action et n'obtient pas, comme il devait l'obtenir, une sentence valable. Aussi Ulpien lui accorde-t-il une indemnité complète, *veram litis æstimationem* [7].

Notre texte, au contraire, abandonne à l'équité du nouveau juge le montant des condamnations que le premier devra subir; et cela sans doute parce qu'ici on ne lui reproche aucun dol, mais une erreur dont il devient responsable envers la partie lésée, du moins lorsque celle-ci ne veut pas ou ne peut pas appeler [8], par exemple lorsqu'elle n'en a pas le moyen [9]. Dans ce cas, la sentence est et reste valable : elle produit son effet entre les personnes pour qui et contre qui elle a été rendue; mais comme cette autorité de la chose jugée ne s'étend pas à d'autres personnes [10], elle n'empêche pas un nouveau procès sur la question de savoir si le premier a été bien ou mal jugé, lorsque ce procès s'élève, comme on le suppose ici, contre le juge qui d'abord n'était ni défendeur, ni demandeur.

Cette sévérité contre le juge ne doit pas étonner si l'on con-

(1) *Cujac. et Janus a Costa, hic.* — (2) *Text. hic; Gaius, fr.* 6, *de extraord. cognit.; fr.* 5, § 4, *de obl. et act.* — (3) *Gaius,* 4 *inst.* 52. — (4) *Text. hic; Gaius, d. fr.* 5, § 4; *d. fr.* 6. — (5) *Ulp. fr.* 15, § 1, *de judic.* — (6) *Diocl. et Max. C.* 7, *quando provoc.* — (7) *Ulp. d. fr.* 15, § 1, *de judic.* — (8) *Cujac. hic;* 13 *observ.* 18. — (9) *Ulp. fr.* 8, § 8, *mandat.* — (10) *Macer. fr.* 63, *de re jud.; Ulp. fr.* 1, *de except. rei jud.*

sidère, d'une part, que son premier devoir est de prononcer conformément aux lois [1372], et d'autre part qu'il peut consulter officiellement les jurisconsultes [25], ou le magistrat qui a donné l'action ([1]), et par là sans doute éviter la responsabilité qui résulterait d'une erreur de droit.

1166. Le juge prévaricateur *litem suam facere intelligitur* ([2]); d'un autre côté, le juge qui *litem suam fecerit* ne commet pas précisément un délit ([3]); d'où il faut conclure que, même en cas de dol, l'obligation du juge qui *litem suam fecerit* ne résulte pas d'un délit. Justinien confirme cette conclusion lorsqu'il ajoute que, dans tous les cas, et même quand on ne l'accuserait que d'ignorance (*licet per imprudentiam*), le juge a commis une faute, et conséquemment qu'il est tenu, non par un délit, mais comme on le serait par un délit, *quasi ex delicto* [1094]. L'existence ou l'absence du dol ne suffisent donc pas pour caractériser les délits et pour distinguer les obligations qui en résultent, de celles qui se forment *quasi ex delicto?* Non sans doute, puisque ces dernières ne sont pas toujours exclusives du dol, tandis que dans plusieurs cas l'absence du dol n'empêche pas de reconnaître un véritable délit ([4]).

En effet, la loi Aquilia punit l'ignorance du médecin; le tort qu'elle a causé constitue un délit ([5]), tandis que l'ignorance du juge l'oblige seulement *quasi ex delicto*. Cette différence tient à ce que l'injustice ou l'iniquité de la sentence ne blesse, ne détruit et ne détériore aucun objet corporel, et conséquemment que le dommage qui en résulte ne peut être poursuivi en vertu de la loi Aquilia [1150], ni par action directe, ni par action utile (*a*).

([1]) *Ulp. fr.* 79, § 1, *de judic.* — ([2]) *Ulp. fr.* 15, § 1, *eod.* — ([3]) *Text. hic; Gaius, d. fr.* 5, § 4, *de obl. et act.*; *d. fr.* 6, *de extraord.* — ([4]) §§ 3, 4, 6 *et* 8, *de leg. aquil.* — ([5]) § 7, *eod.*

(*a*) On dit aussi que le juge remplit une fonction qu'il ne serait pas libre de refuser (*Ulp. fr.* 13, § 2, *de vacat. et excus.*), tandis que rien ne force le médecin à se charger d'un malade; mais les interprètes qui adoptent cette raison de différence, et qui en même temps considèrent l'existence ou l'absence du dol comme caractère distinctif du délit et de ce qu'ils appellent quasi-délit, se contredisent eux-mêmes; car dans ce sens l'ignorance du médecin constituerait simplement un quasi-délit, et alors son obligation ne différerait plus de celle du juge. (V. *Cujac. hic, in not.*)

§ I.

1167. On ne peut pas en dire autant, lorsqu'il s'agit des choses jetées ou répandues par les fenêtres d'un appartement donnant sur la voie publique, et du tort que l'effusion ou la chute ont causé à autrui. Dans ce cas, on pourrait agir en vertu de la loi Aquilia, et celui qui a jeté ou répandu serait obligé par un véritable délit; mais, quel qu'en soit l'auteur, le droit honoraire donne une action *in factum* contre la personne qui habite l'appartement (1). Elle est tenue, soit pour sa propre faute, soit même, ce qui arrive le plus souvent, pour la faute d'autrui (2), et conséquemment hors des règles établies par la loi Aquilia. Ce n'est donc pas un délit qui l'oblige, et l'on décide qu'elle est tenue *quasi ex maleficio.*

Remarquez dans le texte comment la condamnation varie suivant qu'il y a dommage causé à la chose d'autrui, mort ou simplement blessure d'un homme libre; et sur quelles bases, dans ce dernier cas, se calcule l'indemnité dont la fixation est laissée à l'équité du juge.

1168. Le même édit qui a introduit l'action dont on vient de parler soumet à une peine pécuniaire (*decem aureorum*) quiconque a souffert que des objets dont la chute serait nuisible restassent posés ou suspendus sur un balcon ou sur toute autre saillie dominant la voie publique (3); quiconque, c'est-à-dire comme dans le cas précédent, celui qui habite la maison, et de plus le propriétaire ou le locataire, soit qu'il habite ou n'habite pas dans cette maison (4). L'action a lieu sans que rien soit tombé, sans qu'il arrive aucun dommage, et sans que personne se prétende lésé : aussi est-elle populaire (5), ce qui signifie qu'elle peut être exercée par tous ceux qui ont qualité pour postuler (6), parce qu'elle sanctionne une règle dont l'observation importe à tous les citoyens (7).

La peine encourue pour la mort d'un homme libre, dans le cas dont on a parlé ci-dessus [1167], se poursuit aussi par une action populaire (8).

(1) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 4, *de his qui effud.* — (2) *Text. hic; Paul. fr.* 6, § 2, *eod.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 5, §§ 6 *et* 7, *de his qui effud.* — (4) *Ulp. d. fr.* 5, §§ 8, 11 *et* 13. — (5) *Ulp. d. fr.* 5, § 13. — (6) *Paul. fr.* 2 *et* 4, *de pop. act.* — (7) *Paul. fr.* 1, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 5, § 5, *de his qui effud.*

§ II.

1169. Lorsqu'un fils de famille *litem suam fecerit* [1165], ou lorsqu'il occupe un appartement qui n'est pas celui de son père (*seorsum a patre*), c'est sur le fils que pèsent les obligations imposées au juge ou à l'habitant; en effet, le père de famille ne doit pas être poursuivi en son nom pour une obligation qui n'est pas la sienne, et ce n'est pas ici le cas d'intenter les actions noxales qui se donnent quelquefois contre une personne *sui juris* au nom de ceux qu'elle a sous sa puissance (1). Quant à l'action *de peculio*, elle n'a pas lieu en vertu des obligations pénales (2). Ainsi le père, comme le dit Justinien, ne sera tenu d'aucune action (*a*).

§ III.

1170. Il s'agit ici du dommage et du vol qui seraient commis dans un navire ou dans une auberge, au préjudice d'un passager ou d'un voyageur, par les personnes employées au service du navire ou de l'auberge (3). Dans ce cas, on peut exercer à son choix, soit les actions civiles du vol ou de la loi Aquilia contre l'auteur du délit, soit l'action prétorienne *in factum* contre le capitaine ou l'aubergiste (4), qui est puni pour le fait de ceux qu'il prend à son service (5).

Cette action, qui se donne *in duplum* (6), ne doit pas être confondue avec une autre action *in factum* dont le capitaine ou l'aubergiste sont également tenus pour la restitution des choses apportées dans leur navire ou dans leur auberge (7). Cette dernière action, qui n'a rien de pénal (8), aggrave seulement la responsabilité que leur imposent l'action *depositi* ou l'action *locati;* car ils sont tenus non seulement de leur faute ou de leur fait, mais encore du fait des porteurs ou voyageurs (9). Les seuls événements dont ils ne sont pas responsables sont les événements qui résultent de la force majeure (10).

(1) *Ulp. fr.* 1, § 8, *eod.* — (2) *Ulp. d. fr.* 1, § 7; *fr.* 58, *de reg. jur.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 7, *pr. et* § 2, *naut. caup.; fr.* 1, §§ 1 *et* 6, *furt. adv. naut.* — (4) *Ulp. d. fr.* 1, § 3, *eod.; Paul. fr.* 6, § 4, *naut. caup.* — (5) *Ulp. fr.* 7, *eod.* — (6) *Ulp. d. fr.* 7, § 1, *eod.; fr.* 1, § 2, *furt. advers. naut.* — (7) *Ulp. fr.* 1, *pr.*, §§ 1, 2, 5 *et* 6, *naut. caup.* — (8) *Ulp. fr.* 3, § 4, *eod.* — (9) *Ulp. et Gaius, fr.* 1, § 8; *fr.* 2 *et* 3, *eod.* — (10) *Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.*

(*a*) *Text. hic. in fin.*; V. *Ulp. fr.* 15, § 1, *de judic.* Ce dernier texte contient une décision difficile à concilier avec la précédente, malgré l'explication de Cujas (13 *observ.* 18).

TITRE VI.

DES ACTIONS.

Il nous reste à parler des actions. L'action n'est que le droit de poursuivre, devant un juge, ce qui nous est dû.

1. La division générale de toutes les actions par lesquelles on soumet à des juges ou à des arbitres une question quelconque se réduit à deux classes, car les actions sont réelles ou personnelles. Tantôt, en effet, nous agissons contre un défendeur qui est obligé envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, et alors le demandeur exerce une action personnelle, pour soutenir, entre autres prétentions, que son adversaire est tenu envers lui de donner ou de faire. Tantot, au contraire, nous agissons contre une personne qui n'est tenue envers nous d'aucune obligation, mais à qui néanmoins nous contestons un objet quelconque, et dans ce cas on exerce une action réelle: par exemple, lorsqu'on possède une chose corporelle que Titius soutient être à lui, et dont le possesseur se dit propriétaire; car lorsque Titius soutient que la chose est à lui, l'action est réelle.

2. Pareillement, lorsqu'on prétend avoir, soit l'usufruit d'un fonds ou d'un bâtiment, soit le droit de passer sur le fonds voisin

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod sibi debetur.

1. Omnium actionum quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque, aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt, veluti, si rem corporalem possideat quis quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

2. Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo

vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum : veluti, si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones : ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi. Istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est, nam in his is agit qui non possidet; ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

3. Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ecce ple-

ou d'établir une conduite d'eau, l'action est réelle. Le même genre d'action a lieu aussi pour les servitudes d'héritages urbains, par exemple, si l'on prétend avoir le droit d'élever ses constructions, le droit de vue ou de saillie, ou le droit d'appuyer un bâtiment sur le bâtiment voisin. Il existe aussi, relativement à l'usufruit et aux servitudes d'héritages ruraux ou urbains, des actions qu'on intente en sens inverse; par exemple, en soutenant que l'adversaire n'a pas l'usufruit, ou le droit de passer, de conduire l'eau, d'élever ses constructions, le droit de vue, le droit d'établir une saillie ou d'appuyer son bâtiment. Ces actions sont également réelles, mais négatives. Elles n'existent pas dans les contestations relatives aux choses corporelles; car, à leur égard, c'est celui qui ne possède pas qui agit, et le possesseur n'a aucune action pour nier la propriété du demandeur. Toutefois il existe un cas unique où celui qui possède remplit néanmoins le rôle de demandeur, comme on le verra au Digeste avec plus de détail.

3. Les actions dont nous avons parlé, et autres semblables, tirent leur origine des lois et du droit civil. Mais il est d'autres actions, soit réelles, soit personnelles, que le préteur a tirées de sa propre juridiction, et dont il est nécessaire de donner quelques exemples. Ainsi le préteur autorise souvent l'exercice d'une action réelle par

laquelle le demandeur prétend qu'il a usucapé une chose dont l'usucapion n'est point réellement accomplie, ou, en sens inverse, que le possesseur, son adversaire, n'a point usucapé la chose dont l'usucapion est véritablement accomplie.

rumque ita permittitur in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel ex diverso possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

4. Supposez, en effet, qu'un objet a été livré en vertu d'une juste cause, comme vente, donation, dot ou legs, à une personne qui n'en est pas encore devenue propriétaire; si elle vient à perdre la possession par cas fortuit, elle ne pourra suivre la chose par aucune action réelle directe, car le droit civil n'accorde la revendication qu'au propriétaire. Cependant, comme il était dur de rester dans ce cas sans aucune action, le préteur a introduit une action par laquelle celui qui a perdu la possession soutient avoir usucapé la chose, et en conséquence la revendique comme sienne. Cette action s'appelle publicienne, parce que c'est le préteur Publicius qui l'a placée pour la première fois dans l'édit.

4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam, quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet; sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est.

5. En sens inverse, lorsque le possesseur, pendant qu'il était absent pour cause d'intérêt public ou prisonnier des ennemis, a usucapé la chose d'un citoyen qui était à Rome, celui-ci pourra, dans l'année qui suivra le retour du possesseur (1), faire rescinder l'u-

5. Rursus ex diverso si quis, cum reipublicæ causa abesset vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset, usuceperit: permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum (1) rescissa usu-

(1) Nous avons établi que l'on compterait seulement quatre années continues, à partir du jour où commençait à courir l'année utile.

(1) Sancimus quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die ex quo annus utilis currebat. (JUSTIN. *C.* 7, *de temp. in integr. restit.*)

capione eam rem petere [1]; id est, ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis simili æquitate, motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

6. Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit : bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

7. Item serviana, et quasi serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictionem substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem, et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed

[1] Si quando abfuerit qui res alienas detinet, et desiderat dominus eas res usurpare, licentia ei detur adire præsidem provinciæ, et ei libellum porrigere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem (Justin. *C.* 2, *de ann. except.*).

sucapion et demander la chose comme sienne, en soutenant que le possesseur ne l'a point usucapée [1]. La même équité détermine le préteur à donner cette espèce d'action à plusieurs autres personnes, comme on peut le voir avec détail dans le Digeste ou les Pandectes.

6. Pareillement, lorsqu'un débiteur aliène sa chose en fraude de ses créanciers, et que ceux-ci ont saisi ses biens par sentence du président, ils peuvent faire rescinder la tradition, et demander la chose en soutenant qu'elle n'a point été livrée, et conséquemment qu'elle est restée dans les biens du débiteur.

7. L'action servienne, et l'action quasi servienne, qu'on appelle encore hypothécaire, dérivent également de la juridiction du préteur. L'action servienne s'exerce sur les effets du fermier qui sont affectés au bailleur comme garantie des fermages. L'action quasi servienne est celle par laquelle les créanciers poursuivent leurs gages et leurs hypothèques. Le gage et l'hypothèque n'offrent, quant à l'action hypothécaire, aucune différence : ils s'entendent indistinctement des choses que le créancier et le débiteur sont convenus d'affecter à la dette ; mais ils diffèrent sous

[1] Lorsque le détenteur de la chose d'autrui sera absent, et que le propriétaire voudra interrompre l'usucapion, il pourra, en comparaissant devant le gouverneur de la province, lui présenter l'exploit, et cette présentation suffira pour opérer une interruption complète.

d'autres rapports. Gage se dit, à proprement parler, d'une chose qu'on a livrée au créancier, et surtout d'une chose mobilière; hypothèque, d'une chose affectée sans tradition par simple convention.

8. Le préteur a également introduit, par sa propre juridiction, des actions personnelles, comme l'action de constitut, dont se rapprochait beaucoup l'action *receptitia*.

Mais une de nos constitutions a donné à l'action de constitut toute la latitude que pouvait avoir l'action *receptitia*, et celle-ci, devenant superflue, a dû perdre son autorité et disparaître de notre législation.

Le préteur a également établi une action relative au pécule des esclaves et des fils de famille, une action dans laquelle on examine si le demandeur a juré, et plusieurs autres.

9. On exerce l'action du constitut contre tous ceux qui se sont chargés de payer pour eux-mêmes ou pour autrui, sans recourir à aucune stipulation; car ceux qui répondent à un stipulant s'obligent d'après le droit civil.

10. Le préteur a introduit, contre le père et contre le maître, des actions relatives au pécule, parce que bien que, d'après le droit civil, ils ne soient pas tenus des obligations contractées par

in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit, at eam quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

8. In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor; veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia.

Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere.

Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quæritur an actor juraverit, et alias complures.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita: nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

10. Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen

est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

leurs enfants ou par leurs esclaves, cependant l'équité veut qu'on les condamne jusqu'à concurrence du pécule, qui forme, pour les enfants comme pour les esclaves, une sorte de patrimoine.

11. Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

11. Lorsque, sur la proposition de son adversaire, une personne a juré qu'on lui doit la somme qu'elle réclame et qu'on ne lui paie pas, le préteur lui accorde à juste titre une action dans laquelle il s'agit de savoir, non pas si la somme est due au demandeur, mais s'il a juré.

12. Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit : veluti, adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset, et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit, et alias innumerabiles.

12. Le préteur a également établi, par sa propre juridiction, plusieurs actions pénales, par exemple, contre ceux qui dégradent une partie quelconque de son *album;* contre ceux qui citent leur patron ou leur père devant le préteur, sans en avoir obtenu la permission; contre ceux qui emploient la force pour enlever une personne citée devant le préteur, ou qui frauduleusement la font enlever par un tiers, et mille autres actions semblables.

13. Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit : ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

13. Les actions préjudicielles sont réelles : telles sont les actions qui mettent en question la liberté d'une personne, ou son ingénuité ou la paternité du mari. Parmi ces actions, celle qui met en question la liberté d'une personne est pour ainsi dire la seule qui appartienne au droit civil; les autres viennent de la juridiction du préteur.

14. Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab ali-

14. Les actions étant ainsi divisées, il est certain que le demandeur ne peut demander sa

chose par cette formule : « S'il appert que le défendeur doive donner; » car on n'est pas tenu de donner au demandeur ce qui lui appartient : en effet, donner une chose à quelqu'un, c'est lui en transférer la propriété, et celui qui est propriétaire ne peut pas le devenir. Toutefois, en haine des voleurs et pour les soumettre à un plus grand nombre d'actions, il a été admis qu'outre la peine du double ou du quadruple, ils seraient encore soumis, pour le recouvrement de la chose, à cette action : « S'il appert qu'ils doivent donner; » et cependant on a aussi contre eux l'action réelle, par laquelle le demandeur se prétend propriétaire de la chose.

quo petere, SI PARET EUM DARE OPORTERE : nec enim quod actoris est id ei dari oportet; quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio per quam rem suam quis esse petit.

15. Les actions réelles se nomment revendications; les actions personnelles, par lesquelles on soutient que le défendeur doit donner ou faire, se nomment condictions. *Condicere*, dans l'ancien langage, veut dire notifier : c'est donc improprement aujourd'hui que nous appelons condiction l'action personnelle par laquelle le demandeur soutient que le défendeur doit lui donner; car actuellement on ne fait, à cet égard, aucune notification.

15. Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones quibus dare facere oportere intenditur, condictiones : condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse qua actor intendit dari sibi oportere : nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

16. Ici se présente une division qui distingue des actions tendantes à poursuivre la chose, des actions tendantes à poursuivre la peine, et des actions mixtes.

16. Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

17. Tendent à poursuivre la chose toutes les actions réelles,

17. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem

actiones. Earum vero actionum quæ in personam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur : veluti, quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, itemque commodati, depositi mandati pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomine quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agetur. Quo casu mixta est actio.

et, parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissent d'un contrat, par exemple, lorsqu'on réclame une somme prêtée ou stipulée, lorsqu'on exerce les actions de commodat, de dépôt, de mandat, de société, de vente ou de louage. Toutefois, lorsque l'action de dépôt concerne un objet déposé à l'occasion de quelque tumulte, incendie, écroulement ou naufrage; le préteur donne l'action au double, pourvu qu'on agisse contre le dépositaire même, ou contre ses héritiers, à raison de leur dol personnel. Dans ce cas l'action est mixte.

18. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti : sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur; nam ipsam rem propria actione presequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius, adversus furem etiam condictio est rei.

18. Les actions résultant d'un délit poursuivent ou la peine seulement, ou la peine et la chose, ce qui les rend mixtes. On poursuit la peine seulement par l'action de vol; car l'action du vol manifeste au quadruple, comme l'action du vol non manifeste au double, ne concernent que la peine, et le propriétaire poursuit la chose par une action particulière, en la demandant comme sienne, soit qu'elle se trouve en la possession du voleur lui-même, ou de tout autre. Il a aussi contre le voleur la condiction de la chose.

19. Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur : pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ

19. L'action des biens enlevés par force est mixte, parce que la poursuite de la chose est comprise dans le quadruple : ainsi, la peine est du triple. L'action de la loi

Aquilia, pour dommage causé à tort, est également mixte lorsqu'on agit au double contre celui qui dénie, et quelquefois même lorsqu'on n'agit qu'au simple : par exemple, et conformément aux distinctions précédemment établies, lorsque le défendeur a tué un esclave borgne ou boiteux, qui, moins d'un an auparavant, était sans infirmité et d'une grande valeur.

actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit : veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit, secundum jam traditam divisionem.

Est également mixte l'action donnée contre ceux qui diffèrent le paiement des legs ou fidéicommis laissés aux saintes églises ou autres lieux vénérables, tant qu'ils ne sont pas appelés devant le juge; ils sont contraints de donner la chose ou la somme laissée par le défunt, et de plus une peine équivalente : ainsi la condamnation s'élève au double.

Item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint usque adeo ut etiam in judicium vocarentur : tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna, et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

20. Certaines actions produisent, tant à l'égard des choses qu'à l'égard des personnes, un effet mixte. Telles sont l'action *familiæ erciscundæ* qui s'exerce entre cohéritiers pour le partage de l'hérédité, l'action *communi dividundo* qui se donne entre copropriétaires pour le partage de l'objet indivis, l'action en bornage entre ceux qui ont des propriétés contiguës. Dans ces trois actions, le juge peut, en se réglant sur l'équité, adjuger un objet à l'une des parties, et condamner celle dont le lot se trouve trop fort à payer aux autres une certaine somme.

20. Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam : qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundô, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quæ inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare, et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

21. Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Ulterius autem nulla actio extenditur.

21. Toute action se donne au simple, au double, au triple ou au quadruple, et jamais au delà.

22. In simplum agitur : veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique ex aliis compluribus causis.

22. On agit au simple, par exemple, en cas de stipulation, de prêt, de vente, de louage, de mandat, et enfin dans une foule d'autres cas.

23. In duplum agimus : veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus ; item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur.

23. On agit au double, par exemple, par les actions de vol non manifeste, ou de dommage causé à tort en vertu de la loi Aquilia, et quelquefois même de dépôt. Telle est encore l'action en corruption d'esclave, contre ceux dont les exhortations ou les conseils ont déterminé l'esclave d'autrui à fuir, à résister aux ordres de son maître, à vivre dans la débauche, ou enfin l'ont corrompu d'une manière quelconque. On fait aussi entrer dans cette action l'estimation des choses que l'esclave a emportées dans sa fuite.

Item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

Telle est encore, comme nous l'avons dit plus haut, l'action résultant d'un legs fait à des lieux vénérables.

24. Tripli vero, cum quidam majorem veræ æstimationis quantitatem in libello conventionis inseruit, ut ex hac causa viatores, id est executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint : tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo et simplum in

24. On agit au triple, lorsque le demandeur exagère, dans l'exploit, le montant de sa demande, et que, par suite, le *viator*, c'est-à-dire l'exécuteur des sentences, reçoit un salaire plus considérable. Alors, en effet, le demandeur paie au défendeur le triple du préjudice que lui cause ce salaire ; mais dans le triple se trouve comprise son indemnité. Ainsi l'a établi une constitution insérée dans

notre code, constitution de laquelle dérive sans aucun doute une condiction légale.

quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro Codice fulget; ex qua dubio procul est ex lege condictitiam emanare.

25. On agit au quadruple, par exemple, dans l'action de vol manifeste, dans l'action *quod metus causa* (relative aux actes extorqués par crainte), ou à l'occasion des sommes payées à un individu pour le déterminer, soit à susciter une chicane, soit à y renoncer.

25. Quadrupli, veluti furti manifesti; item de eo quod metus causa factum sit, deque ea pecunia quæ in hoc data sit, ut is cui datur calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret.

Telle est aussi la condiction légale établie par notre constitution pour soumettre à une condamnation du quadruple l'exécuteur des sentences, qui exige du défendeur plus que ne prescrit notre constitution.

Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam a reis quidquam exegerint.

26. L'action de vol non manifeste, et l'action en corruption d'esclave, diffèrent des autres actions comprises dans la même énumération, en ce que les premières sont toujours au double. Les autres, au contraire, c'est-à-dire l'action de la loi Aquilia pour dommage causé à tort, et quelquefois aussi l'action de dépôt, ne s'élèvent au double qu'en cas de dénégation, et n'excèdent pas le simple quand le défendeur avoue.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a cæteris de quibus simul locuti sumus eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt; at illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquilia et interdum depositi, inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur.

Quant à l'action donnée pour les choses laissées à des établissements vénérables, elle s'élève au double, non seulement en cas de dénégation, mais aussi lorsqu'on diffère le paiement jusqu'aux poursuites exercées par ordre des magistrats. L'action se réduit au simple contre ceux qui avouent la dette et paient avant d'être poursuivis.

Sed illa quæ de iis competit quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usquequo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero, et antequam jussu magistratuum conveniatur solventem, simplum redditur.

27. L'action *quod metus causa*

27. Item actio de eo quod

metus causa factum sit, a cæteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. Quod in cæteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur; quod est in furti manifesti actione.

diffère également des autres actions comprises dans la même énumération, en ce que, d'après la nature même de cette action, le défendeur doit être acquitté, lorsqu'il restitue la chose au demandeur par ordre du juge. Dans les autres actions, au contraire, la condamnation s'élève toujours au quadruple, notamment dans l'action de vol manifeste.

28. Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio.

28. Parmi les actions, plusieurs sont de bonne foi, plusieurs de droit strict. Sont de bonne foi les actions *empti* et *venditi* (de vente), *locati* et *conducti* (de louage), de gestion d'affaires, de mandat, de dépôt, de société, de tutelle, de commodat; les actions pigneratitienne, *familiæ erciscundæ, communi dividundo*, l'action *præscriptis verbis* lorsqu'elle résulte du contrat estimatoire ou de l'échange, et la pétition d'hérédité.

Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit.

En effet, malgré l'incertitude qui existait encore pour savoir s'il fallait compter la pétition d'hérédité parmi les actions de bonne foi, notre constitution a positivement décidé l'affirmative.

29. Fuerat antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis.

29. Parmi les actions de bonne foi, se trouvait précédemment l'action *rei uxoriæ* (des reprises de l'épouse).

Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu quæ pro ea introducta

Mais l'action *ex stipulatu* nous paraissant plus avantageuse, nous avons, en établissant plusieurs distinctions, attribué à l'action *ex stipulatu*, qui concerne la restitution de la dot, tous les effets que produisait auparavant l'action *rei uxoriæ*. Celle-ci, se trouvant avec raison supprimée, l'action *ex stipulatu* qui la

remplace a pris le caractère d'une action de bonne foi, mais seulement pour la répétition de la dot : elle sera donc de bonne foi. Nous avons aussi accordé une hypothèque tacite à la femme : toutefois, si nous la préférons aux autres créanciers hypothécaires, c'est lorsqu'elle agit elle-même pour sa dot; car c'est à elle personnellement que nous avons concédé ce privilége.

est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

30. Dans les actions de bonne foi, le juge a la faculté d'apprécier, d'après l'équité, le montant des restitutions qui sont dues au demandeur. D'où il suit que s'il est respectivement débiteur, il faut faire compensation, et ne condamner le défendeur que jusqu'à concurrence du reliquat. D'après un rescrit de l'empereur Marc-Aurèle, la compensation était également admise dans les actions de droit strict, lorsqu'on opposait l'exception de dol.

30. In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat : in quo et illud continetur ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Mais notre constitution, admettant avec plus de latitude les compensations fondées sur une créance incontestable, décide qu'elles réduiront directement toutes les actions réelles, personnelles ou autres, excepté seulement l'action de dépôt ([1]). Nous avons pensé qu'il serait inique d'y opposer aucune compensation, pour éviter, sous ce prétexte, la restitution des objets déposés.

Sed nostra constitutio eas compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit ut actiones ipso jure minuant, sive in rem sive in personam, sive alias quascumque : excepta sola depositi actione ([1]), cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

31. On distingue aussi des actions qu'on appelle arbitraires, en ce sens qu'elles dépendent de l'*arbitrium* du juge. Dans ces actions, le défendeur doit être con-

31. Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus : in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo

([1]) On n'accorde point la compensation à ceux qui s'emparent injustement des choses possédées par autrui.

([1]) Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. (*C. ult.*, § 2, *de compens.*)

agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur : in rem, veluti publiciana, serviana de rebus coloni, quasi serviana quæ etiam hypothecaria vocatur; in personam veluti, quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item cum id quod certo loco promissum est petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et cæteris similibus permittitur judici ex bono et æquo secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

32. Curare autem debet judex ut omnimodo, *quantum possibile ei sit*, certæ pecuniæ *vel rei* sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

33. Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineret, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis : huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa

damné lorsqu'il ne donne pas au demandeur la satisfaction déterminée par l'*arbitrium* du juge, soit en restituant, exhibant ou payant la chose, soit en faisant l'abandon noxal d'un esclave. Ces actions sont réelles ou personnelles : réelles, comme l'action publicienne, l'action servienne sur les effets du fermier, l'action quasi servienne, autrement dite hypothécaire; personnelles, comme l'action *quod metus causa*, l'action de dol et l'action relative aux choses payables dans un lieu déterminé. L'action *ad exhibendum* dépend également de l'*arbitrium* du juge. Dans ces actions et autres semblables, il est permis au juge d'apprécier, d'après l'équité et suivant la nature particulière de chaque affaire, la satisfaction qu'il faut donner au demandeur.

32. Le juge doit toujours avoir soin que sa sentence porte, autant que faire se peut, sur une somme ou sur une chose déterminée, quand même on aurait agi devant lui pour une valeur indéterminée.

33. Le demandeur qui comprenait dans son *intentio* plus qu'il n'avait droit, encourait déchéance, c'est-à-dire qu'il perdait son procès, et n'était pas facilement restitué en entier par le préteur, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans. Dans ce cas, en effet, comme dans toute autre circonstance, on accordait au demandeur le secours qu'on accorde, en con-

naissance de cause, à ceux que leur jeunesse induit en erreur. Toutefois, lorsque l'erreur se justifiait par des motifs assez graves pour abuser l'homme le plus infaillible, ce secours était accordé aux majeurs eux-mêmes; par exemple, lorsqu'ils demandaient la totalité d'un legs, et qu'ensuite on produisait contre eux des codicilles contenant ou une révocation partielle, ou de nouveaux legs faits à d'autres personnes, en sorte que, les legs étant réduits par la loi Falcidie, la demande excédait les trois quarts. On demande plus sous quatre rapports, à raison de la chose, du temps, du lieu et de la cause. Sous le rapport de la chose, par exemple, si le créancier, au lieu de dix qui lui sont dus, demande vingt; si le propriétaire, qui ne l'est que pour partie, prétend l'être pour la totalité ou pour une part plus considérable que la sienne. Sous le rapport du temps, par exemple, lorsqu'on demande avant le terme ou avant la condition. En effet, si payer plus tard c'est payer moins, par la même raison, demander plus tôt c'est demander plus. On demande plus sous le rapport du lieu, lorsqu'on a stipulé une chose payable dans un lieu déterminé, et qu'on la demande ailleurs, sans mentionner le lieu fixé par la stipulation; par exemple, si après avoir stipulé en ces termes : « Promettez-vous de donner à Ephèse, » on agit à Rome en soutenant simplement qu'il y a obligation de

succurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur: veluti, si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant ut plus petisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is cujus ex parte res est, totam eam vel majore ex parte suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit; qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia si is qui ita stipulatus fuerit, EPHESI DARE SPONDES? Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret,

adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret : quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia; sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit : ut ecce, si quis ita a te stipuletur, HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa, talis in ea re prodita

donner. Dans ce cas, le stipulant demande plus, parce que son *intentio* pure et simple enlève au promettant l'avantage qu'il aurait de payer à Ephèse. Aussi existe-t-il, pour celui qui veut agir, dans un autre lieu, une action arbitraire dans laquelle on tient compte au débiteur de l'avantage qu'il aurait à payer dans le lieu convenu. Cet avantage est ordinairement considérable, lorsqu'il s'agit de marchandises, telles que le vin, l'huile, le froment, dont le prix varie suivant les pays. L'argent lui-même ne se place point partout au même intérêt. Toutefois celui qui demande à Ephèse, c'est-à-dire au lieu convenu pour le paiement, agit régulièrement par une demande pure et simple; et c'est aussi ce qu'indique le préteur, parce qu'alors le promettant conserve, en payant tout son avantage. Après la plus-pétition sous le rapport du lieu, vient la plus pétition sous le rapport de la cause : par exemple, lorsqu'on a stipulé en ces termes : « Promettez-vous de donner Stichus ou la somme de dix », et qu'on demande seulement ou l'esclave ou la somme. Il y a plus-pétition, parce que dans cette espèce de stipulation le promettant peut payer à son choix ou l'argent ou l'esclave : or, si vous soutenez qu'il est tenu de donner, soit l'argent, soit l'esclave, vous lui enlevez le choix, et par là vous améliorez votre condition en em-

pirant la sienne. Aussi existe-t-il, pour ce même cas, une action conçue de manière à soutenir que le défendeur est tenu de donner l'esclave Stichus ou la somme de dix, c'est-à-dire que la demande est alors conçue dans les mêmes termes que la stipulation. Pareillement, lorsqu'on a stipulé, d'une manière générale, un esclave, du vin, de la pourpre, et qu'on demande spécialement l'esclave Stichus, du vin de Campanie, de la pourpre de Tyr, il y a plus-pétition, parce qu'on enlève le choix au défendeur qui, d'après la stipulation, pouvait payer tout autre objet que l'objet demandé. Et dans le cas même où l'objet demandé serait le pire de tous, il y aurait plus-pétition, parce que le débiteur a souvent plus de facilité à donner en paiement un objet plus précieux.

Telle était autrefois la règle observée; mais dans la suite deux lois de Zénon et de nous ont adouci cette rigueur. En cas de plus-pétition sous le rapport du temps, on appliquera la constitution de Zénon; mais en cas de plus-pétition sous le rapport des quantités ou de toute autre manière, alors, conformément aux règles ci-dessus posées pour le salaire des huissiers, la condamnation s'élèvera au triple de tous les préjudices causés au défendeur.

34. Si le demandeur ne comprend pas dans son *intentio* tout ce qui lui revient; par exemple, si, créancier de dix, il soutient qu'on lui doit cinq; si, propriétaire d'un fonds pour la totalité

est actio ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus specialiter campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter tyriam petat, plus petere intelligitur; quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur, quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere quod majoris pretii est.

* Sed hæc quidem antea in usu * fuerant : postea autem lex Zeno- * niana et nostra rem coarctavit. Et * si quidem tempore plus fuerit * petitum, statui oportet quod Ze- * nonis divæ memoriæ loquitur con- * stitutio.* Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, omne si quid forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit, ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

34. Si minus in intentione complexus fuerit actor quam ad eum pertineat: veluti si, cum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus

fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit.

* In reliquum enim nihilominus * judex adversarium in eodem ju- * dicio condemnat, ex constitutione * divæ memoriæ Zenonis. *

35. Si quis aliud pro alio intenderit nihil eum periclitari placet, *sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittimus :* veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

36. Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus, ut ecce, si in peculium filii servive agamus : nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

37. Item, si de dote judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si do-

il en revendique seulement la moitié, il ne court aucun risque.

En effet, d'après une constitution de Zénon, prince d'heureuse mémoire, le défendeur est condamné pour le surplus dans la même instance.

35. Celui qui demande une chose pour une autre ne court aucun risque. Nous lui permettons, s'il découvre la vérité, de rectifier son erreur dans la même instance : par exemple, lorsqu'on demande l'esclave Eros au lieu de Stichus ; ou lorsqu'on soutient que le défendeur est tenu de donner une chose en vertu d'un testament, tandis qu'il la doit en vertu d'une stipulation.

36. On distingue encore certaines actions par lesquelles le demandeur obtient tantôt la totalité de ce qui lui est dû, tantôt moins : par exemple, lorsqu'on agit jusqu'à concurrence du pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. En effet, si la valeur du pécule n'est pas inférieure au montant de la demande, le maître ou le père est condamné pour la totalité; mais, en cas d'insuffisance, la condamnation n'excède pas la valeur du pécule. Nous exposerons en temps et lieu comment doit être évalué le pécule.

37. Pareillement, lorsqu'une femme agit pour sa dot, le mari doit être condamné jusqu'a concurrence de ce qu'il peut faire, c'est-à-dire de ce que permet sa fortune. Ainsi, lorsqu'il a le

moyen de payer le montant de la dot, on le condamne pour la totalité; sinon, jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire. La répétition de la dot est aussi diminuée par rétention. En effet, le mari a un droit de rétention pour les dépenses qu'il a faites sur les objets dotaux, parce que la dot est diminuée de plein droit par les dépenses nécessaires, comme on peut le voir au Digeste avec plus de détail.

tis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

38. Pareillement, celui qui agit contre son père ou son patron; l'associé qui intente contre son associé l'action de société, n'obtient pas au delà de ce que peut faire le défendeur. Il en est de même, lorsque le donateur est poursuivi en vertu de sa donation.

38. Sed et si quis cum parente suo patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.

39. Les compensations qu'on oppose au demandeur l'empêchent souvent d'obtenir tout ce qu'on lui doit. En effet, le juge, en se réglant sur l'équité, tient compte de ce que le demandeur doit réciproquement au même titre, et condamne le défendeur pour le surplus, ainsi qu'on l'a déjà dit.

39. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debebatur: namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, in reliquum eum cum quo actum est condemnare, sicut jam dictum est.

40. Pareillement, lorsque le débiteur, après avoir fait cession de biens, acquiert une fortune suffisante, il peut être poursuivi de nouveau par ses créanciers, jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire; car il serait inhumain de condamner pour le tout celui qui s'est dépouillé de ses biens.

40. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

EXPLICATION.

1171. Après avoir parlé des personnes et des choses, il faut tracer une marche certaine que chacun devra suivre, tant pour exercer ses droits que pour contraindre les autres à remplir leurs obligations. C'est dans ce but qu'on s'occupe ici des actions [60] ; en effet, comme on l'a dit, *litigant homines de rebus per actiones*.

Trois systèmes de procédure se sont succédé à Rome et dans le Bas-Empire. Le plus ancien, celui des actions de la loi, *actiones legis*, a duré partiellement au moins jusqu'au temps de Cicéron. Le rigorisme et l'incroyable subtilité de cette procédure l'ayant rendue odieuse ([1]), les actions de la loi supprimées par la loi Æbutia et par deux lois Julia (*a*), ne subsistèrent plus que dans la juridiction volontaire [85], notamment pour la *cessio in jure* ([2]), et pour deux cas exceptionnels de la juridiction contentieuse. On procéda, en règle générale, par formules ([3]).

1172. Le système formulaire divise la procédure en deux instances, dont la première a lieu *in jure* devant le magistrat qui *jus dicit*, et la seconde *in judicio* devant le juge (*b*) qui statue définitivement. Dans plusieurs cas exceptionnels, le magistrat statue lui-même sans donner ni juge ni action. De là une distinction entre les *judicia ordinaria* et les *judicia extraordinaria* ou *extraordinariæ cognitiones* [1366].

Cette distinction s'est maintenue avec le système formulaire

([1]) *Gaius*, 4 *inst*. 11 *et* 30. — ([2]) *Gaius*, 2 *inst*. 24. — ([3]) *Gaius*, 4 *inst*. 30 *et* 31.

(*a*) La loi Æbutia est antérieure à Cicéron. (V. *A. Gell*. 16 *Noct. attic*. 10.) L'une des deux lois Julia est la loi Julia *de judiciis privatis* d'Auguste ; c'est une question de savoir si l'autre appartient également à Auguste ou à Jules-César.

(*b*) Je me garderai bien de l'appeler *juré* ; car il prononce une sentence, une condamnation que nos jurés ne prononcent jamais. Le *judex*, rigoureusement soumis au mandat résultant de la formule (V. *Gaius*, 4 *inst*. 52), et aux règles du droit (*pr*., *de offic. jud*.), est responsable de leur observation (*pr*., *de obl. quæ quasi ex del*.), tandis que nos jurés décident d'après leur conviction seule, sans responsabilité humaine.

jusqu'à la fin de l'empire romain; mais sous le règne de Dioclétien [1], l'exception fut transformée en règle générale [2], et Constantin supprima totalement les formules [3].

Nous aurons rarement besoin, soit de remonter aux théories, si obscures encore, des actions de la loi, soit de descendre jusqu'à la procédure du Bas-Empire ; mais le système formulaire, que les Institutes de Gaïus ont transmis aux Institutes de Justinien y domine toujours; il nous fournira des documents plus nombreux et surtout plus positifs que les deux autres.

1173. Pour obtenir une décision judiciaire, il faut avant tout conduire notre adversaire *in jus* devant le magistrat *qui jus dicturus sit* [4]. Là, *in jure*, s'établit un débat, une instance préalable dont le résultat le plus ordinaire est la concession d'une action qui renvoie les parties *in judicio* devant un ou plusieurs juges, à qui le magistrat pose une question et donne le pouvoir, ou plutôt impose le devoir, de condamner le défendeur ou de l'absoudre, suivant que la question aura été affirmativement ou négativement résolue.

Je présente ce résultat comme le plus ordinaire, parce que, sans parler ici des cas particuliers sur lesquels le magistrat statue *extra ordinem* [1366], il arrive quelquefois, même *in jure*, que l'une des parties reconnaît la prétention de son adversaire, et alors il devient inutile de la vérifier *in judicio ;* il n'existe plus de question et par conséquent plus d'action à donner. Ainsi, par exemple, le débiteur qui reconnaît la dette se condamne lui-même; son aveu équivaut à la sentence d'un juge, et le magistrat autorise directement les voies de contrainte qu'il autoriserait en vertu d'une condamnation judiciaire. Tel est le sens de cet adage : CONFESSUS IN JURE PRO JUDICATO HABERI PLACET [5].

1174. En sens inverse, il peut arriver aussi que les allégations du défendeur soient reconnues par le demandeur, et alors le magistrat refuse l'action. Ulpien [6] nous donne pour exemple un défendeur qui nie la dette et prétend avoir prêté, à cette occasion, le serment que lui avait déféré son adversaire. Un pareil serment doit en effet trancher la question [7], et s'il de-

[1] *Gaius, fr.* 1 ; *Paul. fr.* 2, *eod.* — [2] *C.* 2, *de pedan. jud.* — [3] *Pr., de success. subl.* — [4] *C.* 1, *de formul. et impetr.* [5] § 3, *de pœn. tem. lit.* — [6] *Ant. C.* 1, *de confess.* V. *Paul.* 5 *sent.* 5, §§ 2 *et* 4 ; *fr.* 1 *et* 3 ; *Ulp. fr.* 6, §§ 2 *et* 6, *de confess.* — [7] *Fr.* 7 *et* 9, *de jurejur.*

meure constant qu'il a été prêté, le magistrat refuse l'action. Dans le cas contraire, *si controversia erit, id est, si ambigitur an jusjurandum datum sit* (1), le préteur accorde l'action en ajoutant, pour le cas dont il s'agit, une exception dont nous expliquerons plus tard l'utilité.

Ce qu'Ulpien décide pour le serment s'applique à tout autre moyen de défense qui, en le supposant prouvé, détruirait la prétention du demandeur ; et soit que le défendeur contredise directement cette prétention, soit qu'il invoque des moyens exceptionnels, comme le serment dont nous avons parlé, le préteur accordera ou refusera l'action suivant que les allégations du défendeur seront contestées ou reconnues par son adversaire.

1175. Ainsi, le magistrat qui *jus dicit* entend les parties, non pour statuer lui-même sur le point débattu, mais pour le préciser, et poser la question ou les questions qui restent à examiner (*a*), et qui seront portées *in judicio*. A cette occasion, les contendants prononçaient ensemble cette formule, TESTES ESTOTE, comme pour obtenir acte du nouveau caractère qu'allaient prendre leurs débats. Jusque-là ce n'était qu'une discussion, dite *controversia* (2); désormais ce sera un litige dont la naissance constatée, comme on vient de le dire, se nomme LIS CONTESTATA OU LITIS CONTESTATIO (*b*) : c'est le complément de

(1) *Ulp. d. fr.* 9, *de jurejur.* — (2) *Ulp. fr.* 25, § 7, *de her. pet.* V. *Cujac.* 9 *observ.* 21.

(*a*) Soit en fait, soit en droit; car aujourd'hui que la nature des actions *in jus* et des actions *in factum* est bien connue [1217], on ne doit plus imaginer que le préteur, en donnant l'action, sépare toujours le point de droit du point de fait, pour juger le premier et ne renvoyer au juge que l'examen du second.

(*b*) Le mot latin *contestatio* signifie, comme *testatio*, un témoignage, une attestation et, en général, la constatation d'un fait ou d'une intention. (V. § 13, *de testam. ord.; Ulp.* 20, *reg.* 1.) Nous admettons ici que la LITIS CONTESTATIO a lieu devant le magistrat ou *in jure*, lorsque l'action est accordée, mais avant qu'elle soit portée devant le juge. (V. *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 2, *de fer. et dilat.; Paul, fr.* 28, §§ 2 *et* 4, *de judic.*; *fr.* 10, § 2, *si quis caut.; Gaius*, 3 *inst.* 180.) En effet, celui des fidéjusseurs contre qui le créancier veut agir pour la totalité peut demander que l'action ne soit donnée contre lui que pour une part proportionnée au nombre des fidéjusseurs qui se trouvent solvables *litis contestatæ tempore* (§ 4, *de fidej.*). Evidemment cette décision serait inapplicable si la *litis contestatio* avait lieu *in judicio*, après que l'action a été donnée et même portée devant le juge, comme l'a fait croire une constitution (*Sever. et Anton.*, *C.* 1, *de lit. contest.*) que Justinien a sans doute accommodée, comme beaucoup d'autres, au système judiciaire de son temps, système qui n'admet plus de formules, par conséquent plus d'actions, plus de *litis contestatio* proprement dites. Les mots restent, mais ils n'ont plus la même signification.

cette instance préalable qui a lieu *in jure*, devant le magistrat *qui jus dicit*.

PR.

1176. La nomination du *judex*, et la mission qui détermine la nature et l'étendue de ses pouvoirs, ouvrent une seconde instance qu'on appelle *judicium*, et dont le cours régulier permet d'instruire le litige pour arriver à une solution définitive, instance que le demandeur a dès lors le droit de suivre contre l'adversaire qu'il veut faire condamner. C'est ce droit de poursuivre *judicio* (ou *in judicio*, suivant quelques éditeurs) que notre texte appelle action [1]; et parce que l'effet se prend souvent pour la cause ou réciproquement, JUDICIUM et ACTIO deviennent synonymes [2]. Pareillement, comme la mission du juge était donnée par une formule, cette formule et le droit qui en résulte ont été pris l'un pour l'autre. Aussi Justinien, en compilant ses Institutes à une époque où les formules n'étaient plus en usage, a-t-il substitué le mot *actio* dans tous les passages où Gaïus avait écrit *formula* [3].

Après avoir défini l'action *jus persequendi*, le texte ajoute *quod sibi debetur*. Ces mots supposent une dette, conséquemment une obligation, et alors la définition s'applique spécialement à une classe d'actions, aux actions personnelles que nous distinguerons plus bas [1178]. En effet, le mot *actio* qui, dans une acception générale, comprend les actions réelles et personnelles [4], se restreint, dans un sens plus strict, aux dernières [5]. Il est bizarre que Justinien, parlant des actions en général, emprunte, pour commencer, la définition des actions proprement dites.

Les différentes actions que nous avons à examiner se classent en divisions nombreuses dont plusieurs sont réunies dans ce titre. Nous les expliquerons séparément.

(1) *Cels. fr.* 51, *de obl. et act.* — (2) § 7, *de atil. tut.*; §§ 2, 3 et 4, *de obl. quasi ex contract.*; § 2, *de pœn. tem. lit.*; §§ 4, 5, 6 et 7, *de offic. jud.* — (3) § 33, *h. t.*; §§ 2 et 4, *quod cum eo.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 53, 71 et 74. — (4) *Ulp. fr.* 37, *de obl. et act.* — (5) *Pap. fr.* 28, *eod.*; *Ulp. fr.* 178, § 2, *de verb. signif.*

PREMIÈRE DIVISION.

§ I.

1177. Les juges dont nous avons parlé se nomment communément *judices*, et spécialement *arbitri* dans les actions arbitraires ou dans les actions de bonne foi (1) qui prennent quelquefois le nom d'ARBITRIUM (2), et qu'on oppose aux actions de droit strict d'après une distinction qui se représentera plus tard [1245]; car elle ne figure ici que pour s'effacer devant une division plus générale qui embrasse toutes les actions, quelles que soient leur nature et leur origine : *omnium actionum... summa divisio.*

Cette division distingue les actions réelles (*in rem*) et personnelles (*in personam*).

L'action est personnelle, lorsque le défendeur est obligé envers le demandeur, soit par un contrat, soit par un délit, soit par tout autre cause; car on s'attache ici à l'obligation indépendamment de son origine. L'action ne cesse d'être personnelle et ne prend le caractère d'action *in rem* que lorsque mon adversaire n'est tenu envers moi d'aucune obligation (*nullo jure ei obligatus*); par exemple, lorsqu'il y a contestation entre nous soit sur une chose corporelle qu'il possède et dont je prétends être propriétaire (3), soit sur un droit d'usufruit, de servitude ou autre droit semblable que je prétends avoir (4).

1178. Ainsi, lorsque Titius affirme qu'une chose est sienne (*suam esse affirmet*), l'action qu'il exerce est réelle, par cela seul qu'il se dit propriétaire, ou plutôt parce que la question du procès consiste à savoir si, comme il le dit, Titius est réellement propriétaire. En effet, ce que le demandeur affirme reste toujours à juger : c'est le point en litige. S'il était une fois constant que l'objet revendiqué appartient au demandeur, il n'y aurait point de procès, et conséquemment point d'action. Cette observation importe à l'intelligence des textes qui attribuent l'action réelle, c'est-à-dire la revendication, au propriétaire réclamant sa chose (5). C'est à lui seul en effet qu'il con-

(1) *Ulp. fr.* 14, § 1, *quod met. caus.; Paul. fr.* 38, *pro soc.* — (2) *Diocl. et Max. C.* 17, *pro soc.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 25, *de obl. et act.* — (4) § 2, *h. t.; Gaius*, 4 *inst.* 2 *et* 3. — (5) *Paul. fr.* 23, *de rei vind.; Ulp. fr.* 25, *de obl. et act.*

vient d'intenter cette action, parce qu'elle ne peut réussir qu'à lui. Tout autre l'intenterait mal à propos et succomberait nécessairement, puisqu'il ne pourrait justifier sa prétention ; mais à tort ou à raison, le demandeur se dirait propriétaire, et le juge aurait à examiner cette prétention.

Pareillement, l'action personnelle, qui, d'après notre texte, s'exerce contre ceux qui sont tenus de quelque obligation, laisse toujours à juger s'ils sont véritablement tenus, comme le prétend le demandeur; mais par cela seul qu'il le prétend et qu'il en fait la question du procès, son action est personnelle, bien que le juge puisse rejeter sa prétention. Réciproquement, l'action intentée contre une personne véritablement obligée n'en est pas moins réelle, si le débat, restant étranger à l'obligation, porte tout entier sur une question de propriété, comme cela peut arriver entre le déposant, par exemple, et le dépositaire. En effet, malgré les obligations qu'impose à ce dernier le contrat de dépôt, et d'où peut résulter contre lui une action personnelle *depositi*, on peut agir contre lui par action réelle pour revendiquer l'objet déposé [1]. L'action *depositi* est personnelle, parce qu'on s'y prévaut des obligations dont on soutient que le défendeur est tenu; la revendication, au contraire, est une action réelle, parce qu'en l'exerçant le demandeur se prétend propriétaire de la chose, indépendamment des obligations dont serait tenu le défendeur, sans les invoquer et sans les mettre en question.

1179. Mais quel rapport entre cette distinction et le nom que prend chaque espèce d'action? pourquoi sont-elles qualifiées réelles dans un cas, personnelles dans l'autre?

En généralisant une observation d'Ulpien [2], on a répondu que les premières s'exercent toujours contre le possesseur, quel qu'il soit, et que les secondes ont toujours lieu contre une même personne, contre celle qui doit et continue de devoir tant que son obligation n'est pas éteinte; d'où l'on pourrait aisément conclure que l'action personnelle reste attachée à une personne, tandis que l'action réelle s'attache à la chose et la suit en quelques mains qu'elle passe. Cette proposition, transformée en règle générale, n'est pas exacte, puisque plusieurs actions personnelles, notamment l'action *ad exhibendum*, imitant à cet

(1) *Ulp. fr.* 9, *de rei vind.* — (2) *Fr.* 25, *de obl. et act.*

égard l'effet des actions réelles, se donnent contre le possesseur [1379]. Lorsqu'on dit que ces dernières suivent la chose, c'est donc improprement et parce que l'action se confond avec sa source, c'est-à-dire avec le droit que le demandeur prétend avoir. Ce droit, par exemple, sa propriété, existe sur une chose et la suit dans toutes les mains : de là vient qu'il obtiendra une action contre le possesseur actuel, quel qu'il soit; mais cette action une fois obtenue contre tel ou tel, n'existera que contre lui; et si la chose, sortant de ses mains sans fraude, devient l'occasion d'un nouveau procès contre un second possesseur [1], on ne fera pas condamner ce dernier en vertu de la formule donnée contre un autre : il faudra appeler le nouveau possesseur *in jus*, pour avoir un nouveau juge et une nouvelle formule d'action.

Pour apprécier avec exactitude la dénomination d'action *in rem* et d'action *in personam*, il faut chercher ce que signifient, relativement à d'autres objets, la même distinction et les mêmes locutions.

1180. Un créancier convient quelquefois avec son débiteur de ne rien exiger; cette convention se fait ou en termes généraux, sans rien préciser davantage, ou, au contraire, en désignant la personne ou les personnes de qui l'on n'exigera point. Dans le premier cas, la convention, conçue en termes généraux et sans désignation de personnes, forme un pacte *in rem;* dans le second cas, au contraire, la convention qui mentionne spécialement Titius ou Sempronius, est *in personam* [2]. Ulpien [3] dit ailleurs que la disposition d'un édit est IN REM, précisément parce qu'elle est générale, *generaliter et in rem loquitur*, et ne désigne aucune personne, *nec adjicit a quo gestum.* Pareillement, les actions sont dites *in rem* ou *in personam*, d'après l'énoncé de la question que pose la formule. Lorsqu'il s'agit de savoir si telle chose appartient à celui qui la revendique, cette question, absolument indépendante de la personne contre qui l'on agit, se pose en termes généraux, sans nommer le défendeur, et alors l'action est *in rem* [4]. En matière d'obligation, au contraire, il ne suffit pas d'examiner si Titius est créancier; il faut savoir s'il est créancier de son adversaire. Il importe donc de désigner le défendeur : aussi notre texte, après

(1) *Paul. fr.* 27, § 1, *de rei vind.* — (2) *Ulp. fr.* 7, § 8, *de pact.* — (3) *Fr.* 9, § 1, *quod met. caus.* — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 87.

avoir parlé des actions que chacun intente *cum eo qui ei obligatus est*, après avoir dit que ces actions sont *in personam*, ajoute-t-il, pour expliquer cette locution, que, dans ce cas, le demandeur soutient ADVERSARIUM *ei dare aut facere oportere.* Il ne se borne donc pas à prétendre qu'il existe en sa faveur une obligation (*a*); il soutient de plus que cette obligation pèse sur son adversaire, tandis que, dans une action réelle, il se prétend propriétaire, sans faire mention du défendeur.

1181. Toutefois il est impossible de ne pas nommer dans la formule toutes les personnes entre qui s'élève le litige : aussi la distinction précédente ne s'applique-t-elle pas à la formule entière, mais seulement à une des trois parties dont elle se compose ordinairement, savoir : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio.* La première désigne l'objet et la cause du litige (*b*), tandis que la troisième attribue au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre (*c*), pouvoir alternatif dont l'exercice suppose une vérification préalable, puisque le magistrat qui donne l'action pose toujours en question ce qui est allégué par le demandeur et contredit par le défendeur, ce que le premier veut faire reconnaître, en un mot *id quod intendit.* De là vient qu'on appelle *intentio* la seconde partie de la formule qui précise les cas de condamnation ou d'absolution, qui fixe la question du procès et détermine pour le juge ce qu'il doit examiner, pour les plaideurs ce qui devra être prouvé par l'un et contredit par l'autre (*d*); partie si importante dans l'action, que sou-

---

(*a*) Indépendamment de son origine et soit qu'elle consiste à donner ou à faire (*per quas intendit* DARE *aut* FACERE *oportere*). Le texte ajoute ET ALIIS QUIBUSDAM MODIS. Cette expression a paru si obscure que plusieurs interprètes, soupçonnant une transposition, ont cru que ces derniers mots appartiennent au premier membre de phrase, et doivent se lire comme il suit : *Obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio vel aliis quibusdam modis.* Théophile dément cette conjecture; il faut donc reconnaître qu'il s'agit des différentes manières dont peut être conçue l'*intentio* de l'action personnelle; car elle ne porte pas exclusivement DARE AUT FACERE *oportere*, mais quelquefois aussi PRÆSTARE *oportere* (*Gaius*, 4 *inst.* 2; V. 937), et, dans l'action de vol, PRO FURE DAMNUM DECIDERE *oportere* (*Gaius*, 4 *inst.* 37, 45; V. *Ulp. fr.* 7, *de condict. furtiv.*).

(*b*) Quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit... quod A. Agerius apud N. Negidium hominem deposuit. (*Gaius*, 4 *inst.* 40.)

(*c*) Judex, N. Negidium A. Agerio X millia condemna; si non paret, absolve. (*Gaius*, 4 *inst.* 41.)

(*d*) Si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse; si paret N. Negidium A. Agerio X millia dare oportere. (*Gaius*, 4 *inst.* 43.)

vent on la prend pour l'action même (1). C'est aussi en prenant la partie pour le tout, que l'on divise les actions *in rem* ou *in personam* d'après la teneur de l'*intentio;* en effet, c'est à cette partie de la formule que notre texte se réfère, lorsque, pour mieux caractériser les actions personnelles et réelles, il ajoute, en parlant des premières, *per quas* INTENDIT *adversarium*, etc., et en parlant des secondes, *nam si Titius suam esse* INTENDAT, etc.

1182. Ainsi les jurisconsultes romains distinguent les actions dont l'exercice suppose une obligation du défendeur envers le demandeur, et celles qui, au contraire, sont indépendantes de toute obligation. Dans les premières, il s'agit de savoir non seulement s'il existe une obligation envers Titius demandeur, mais encore si cette obligation est imposée à Séius, défendeur, et alors par la nature même de la question qu'elle précise, l'*intentio* est ordinairement rédigée *in personam*. Dans les autres actions, au contraire, on cherche uniquement si la chose ou le droit revendiqué appartient à Titius, et dans ce cas, la question se trouvant posée en termes plus généraux, l'*intentio* est *in rem*. Ces différentes rédactions de l'*intentio*, coïncidant presque toujours avec la distinction même des actions, on a dit de l'action, comme de l'*intentio* même, qu'elle est tantôt *in rem*, tantôt *in personam*. Cependant cette coïncidence n'est pas tellement exacte qu'elle ne se démente quelquefois, et alors il arrive que certaines actions sont personnelles par leur nature, indépendamment de l'*intentio* et de sa rédaction, ou plutôt malgré cette rédaction [1219].

§ II.

1183. L'usufruit, l'usage et les servitudes rurales ou urbaines sont aussi l'objet d'une revendication, et par conséquent d'une action réelle (2), qui est exercée par l'usufruitier, par l'usager ou par le maître du fonds dominant (3) contre le propriétaire ou le possesseur des objets soumis aux droits d'usufruit ou de servitude, et en général contre toute personne qui s'oppose au libre exercice des droits dont il s'agit (4).

En agissant ainsi, le demandeur revendique un droit qu'il pré-

(1) § 14, *h. t.;* § 1, *quib. mod re contrah.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 3, *si serv. vind.* — (3) *Ulp. fr.* 5, *si ususfr. pet.; fr.* 2, *pr. et* § 1, *si serv. vind.* — (4) *Ulp. d. fr.* 1, *si ususfr. pet.; fr.* 10, § 1, *si serv. vind.*

tend avoir, et alors, comme dans la revendication des choses corporelles, l'action est affirmative ou confessoire, en sens inverse d'une autre action par laquelle un propriétaire soutient que sa chose n'est pas grevée, soit d'usufruit, soit de telle ou telle servitude envers le défendeur. Une action de ce genre est également réelle, mais négative ou négatoire, *negativa* (1), *negatoria* (2), parce que le demandeur, au lieu de se prévaloir de son propre droit, suivant la règle générale, s'attache au droit d'autrui pour en nier l'existence. En réalité, cependant, il ne se borne pas à nier le droit de son adversaire ; s'il prétend qu'on ne doit pas exercer tels ou tels droits sur sa chose, c'est en ajoutant qu'on ne doit pas les exercer malgré lui, *invito se*, ou même en affirmant qu'il est fondé à s'y opposer, *sibi jus esse prohibendi* (3). L'action négatoire aboutit donc à soutenir que la chose du demandeur lui appartient en pleine propriété ou franche de telle servitude. Il n'élève pas directement cette prétention, parce que l'*intentio* de la revendication, *si paret rem Titii esse*, ne se prête pas aux distinctions de propriété plus ou moins pleine, plus ou moins libre ; mais il agit négatoirement pour suppléer à l'insuffisance du langage formulaire.

Le propriétaire agit négatoirement contre toute personne qui l'empêche de disposer librement de sa chose (4), ou qui se permet, sur cette chose, ce qui n'est permis sur la chose d'autrui qu'en vertu d'une servitude (5).

1184. Justinien nous avertit que relativement aux choses corporelles, il n'existe point d'action négatoire ; et pour justifier cette proposition, l'empereur ajoute que ces mêmes choses sont toujours revendiquées contre celui qui possède par celui *qui non possidet ;* tandis que le possesseur d'un objet corporel n'a aucune action pour soutenir négatoirement que cet objet n'appartient pas à autrui. En matière d'usufruit et de servitude, tout est différent ; car non seulement l'action négatoire est admise comme l'action confessoire, mais l'une et l'autre se donnent au possesseur du droit contesté, en sorte que la même personne peut se trouver *possessorem juris et petitorem* (6).

Ulpien nous indique la véritable raison de cette différence,

(1) *Text. hic.* — (2) *Ulp. fr.* 2, *si serv. vind.* — (3) *Ulp. fr.* 5, *si serv. vind.* — (4) *Ulp. fr.* 4, § 7, *si servit. vind.* — (5) *Procul. fr.* 13 ; *Pomp. fr.* 14 ; *Alf. fr.* 17, *eod.* — (6) *Ulp. fr.* 6, § 1, *eod.*; *fr.* 5, § 7, *si ususfr. pet.*

en nous apprenant que le possesseur d'une chose corporelle, et spécialement d'une chose immobilière, peut, au moyen de l'interdit *uti possidetis* [1358], garantir sa possession, par cela seul qu'il possède, et sans engager la question de propriété : aussi n'a-t-il point d'action ; *sufficit ei quod possideat* (1), parce que l'interdit garantit suffisamment sa possession. Mais si la même garantie ne s'étend pas aux choses incorporelles, la possession ne doit plus suffire ; le débat, en cas de trouble, devra donc porter, non sur la possession qui ne jouit d'aucune protection spéciale, mais sur l'existence du droit, et alors les actions confessoire ou négatoire seront utiles même au possesseur du droit. Aussi les lui a-t-on accordées, dans l'origine, lorsque les interdits ne s'appliquaient pas encore aux choses incorporelles, et l'on a continué d'accorder ces actions, quoique plus tard on ait donné pour l'usufruit et pour les servitudes un interdit utile (*a*).

1185. Après avoir établi que l'action négatoire n'existe pas relativement aux choses corporelles, et que pour ces dernières on n'accorde point d'action au possesseur, Justinien ajoute que cependant il existe un cas, un seul cas (*sane uno casu*) où le possesseur ACTORIS PARTES OBTINET. Ce cas unique, Justinien le laisse chercher dans les Pandectes, où son investigation a tellement fatigué les interprètes, que plusieurs ont cru devoir changer le texte en introduisant une négation (2). Aujourd'hui, de semblables expédients ne sont plus admissibles.

Pour entendre ce passage, il faut savoir d'abord quel en est l'objet, et ensuite ce que signifie cette locution : *actoris partes obtinere.*

En observant notre texte, on reconnaît qu'après avoir parlé des choses incorporelles, il les abandonne complétement pour revenir aux choses corporelles, en établissant qu'à leur égard (*in his*) la seule action usitée est confessoire et compète à ceux qui ne possèdent pas (*agit qui non possidet*) contre le possesseur ; que celui-ci n'a point d'action pour nier la propriété d'un adversaire qui doit poursuivre au lieu d'être poursuivi (*b*). Cette

(1) *Fr.* 1, *uti possid.* — (2) *Sane non uno casu ; Vinnius, hic.*

(*a*) *Ulp. fragm. vatic.*, §§ 90 *et* 91 ; *Javol. fr.* 20, *de servit.* Voyez la thèse soutenue pour la licence devant la Faculté de Paris, le 13 août 1836, par M. Gaslonde, aujourd'hui professeur de la faculté de Dijon.

(*b*) C'est pour cette raison probablement que notre texte l'appelle *actor*.

dernière proposition s'applique évidemment aux choses corporelles ; la modification qui suit immédiatement ne peut donc pas avoir d'autre objet. Il en résulte que le possesseur d'une chose corporelle qui n'a point d'action, et qui par conséquent ne remplit jamais d'autre rôle que celui de défendeur, doit néanmoins faire, dans un cas spécial, ce que fait ordinairement le demandeur, c'est-à-dire, qu'il doit prouver sa propriété ; car *actoris partes obtinere* ou *sustinere* signifie précisément que la personne dont on parle est chargée de la preuve (1).

1186. En effet, on dit en règle générale que la preuve incombe au demandeur, et cette règle coïncide avec celle qui réserve au possesseur le rôle de défendeur ; car alors celui qui revendique est tenu de prouver, d'abord parce qu'il est demandeur, et en outre parce que, faute de preuve, la possession resterait au défendeur (2) ; mais si ce dernier, au lieu de se borner à une simple dénégation, oppose aux assertions du demandeur d'autres assertions, par exemple, en lui imputant un dol, alors il est tenu de prouver ce qu'il avance, et conséquemment de faire pour l'exception ce que le demandeur fait pour l'*intentio* (3). Tel est le sens de cet adage, *reus in exceptione actor est* (4) ; et dans ce sens, les cas où le possesseur *actoris partes obtinet* sont très communs.

Mais s'il arrive souvent que le possesseur est tenu de prouver l'exception dont il se prévaut, il n'est jamais ou presque jamais réduit à prouver sa propriété : cependant c'est sur une question de propriété que notre texte, après avoir refusé au possesseur l'action négatoire du droit d'autrui, suppose qu'il devra prouver son propre droit, et cela dans un cas spécial, *uno casu*. C'est qu'en effet il existe un cas unique où le possesseur, qui est en même temps défendeur, doit prouver que la chose lui appartient, savoir, lorsque la question de propriété se trouve posée, par une exception, dans l'intérêt du défendeur. Tel est précisément le cas où l'exception *justi dominii* est opposée à la revendication publicienne dont nous parlerons ci-après [1188].

(1) *Afric. fr.* 15, *de oper. nov. nunciat.* — (2) § 4, *de interd.* — (3) *Ulp. fr.* 19, *de probat.* — (4) *Ulp. fr.* 1, *de except.*

§ III.

1187. Considérées dans leur origine, les actions sont civiles ou prétoriennes (1).

Le préteur indique dans son édit les différentes actions qu'il accordera dans tel ou tel cas, par exemple, dans la gestion d'affaires (2), et à ce sujet les jurisconsultes disent, en parlant du préteur, *proposuit actionem*, ou en parlant de l'action, *proponitur*, *proposita*, même lorsqu'il s'agit d'une action civile, notamment de la pétition d'hérédité (3). Les actions qui sont indiquées dans l'édit ne sont donc pas toujours prétoriennes; et en effet Justinien range seulement dans cette classe les actions que le préteur a établies *ex sua jurisdictione* (4), pour sanctionner les principes de son propre droit.

§§ III et IV.

1188. Les actions prétoriennes sont réelles ou personnelles comme les actions civiles (5). Justinien va s'occuper d'abord des actions prétoriennes réelles. A cet égard, il annonce deux fictions tendant à modifier en sens inverse les effets civils de l'usucapion. Voyons dans quelle circonstance s'applique la première.

L'usucapion ne s'accomplit que par un certain temps de possession, et si dans l'intervalle la chose passe en d'autres mains, celui pour qui l'usucapion n'était que commencée n'a aucune action, du moins si l'on s'en tient aux principes du droit civil; car la revendication n'appartient qu'au propriétaire, *ut quis dominium suum vindicet :* aussi, pour secourir ceux qui ont perdu la possession, le droit prétorien leur fait-il remise du temps qui reste à courir. En effet, l'usucapion qu'ils ont commencée est considérée comme accomplie; et alors n'eussent-ils possédé qu'un moment (6), ils peuvent revendiquer comme si l'usucapion, réellement accomplie, leur avait conféré le domaine quiritaire. Tel est le but de l'action fictive qu'on appelle publicienne du nom de son auteur, le préteur Publicius (7).

(1) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 25, § 2, *de obl. et act.* — (2) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 3, *de negot. gest.* — (3) *Ulp. fr.* 1, *si pars hered.; fr.* 1, *de possess. hered. pet.; fr.* 1, *de fideic. her. pet.; fr.* 1, *de contrar. tut.* — (4) *Text. hic;* § 8, *h. t.;* § 1, *de oblig.* — (5) *Text. hic.* V. § 8, *h. t.* — (6) *Paul. fr.* 12, § 7, *de publ. in rem.* — (7) § 4, *h. t.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 36.

1189. Quel a été le motif d'une semblable fiction, et puisque l'usucapion s'accomplissait par un an, par deux ans au plus [451], pourquoi abréger ou même effacer un délai déjà si court? Pour apprécier cette partie du droit honoraire, il faut se rappeler le véritable but de l'usucapion. Ce n'était pas seulement une faveur accordée à la bonne foi des possesseurs qui reçoivent une chose *a non domino;* c'était, du moins pour les choses *mancipi*, le complément indispensable de la tradition qui, même avec le fait et la volonté du propriétaire, ne transférait pas le *dominium.* On avait la chose *in bonis* sans avoir le *dominium* [452]. Le possesseur qui n'avait pas complété l'usucapion ne pouvait donc pas, d'après le droit civil, revendiquer la chose passée en d'autres mains. Cependant il importait de maintenir, indépendamment de l'usucapion, les acquisitions conformes au droit des gens; c'est principalement dans ce but que le préteur suppose l'usucapion accomplie pour ceux qui, n'étant pas propriétaires *ex jure Quiritium*, ne pouvaient pas revendiquer en cette qualité, et précisément parce qu'ils ne le pouvaient pas (*a*).

1190. La même fiction profite également à tous ceux qui ont besoin de l'usucapion, et par suite au simple possesseur qui, recevant la chose *a non domino*, ne l'avait pas acquise d'après le droit des gens; c'est pour ce dernier seul que Justinien, en supprimant la distinction des choses *mancipi* ou *nec mancipi* et le domaine quiritaire, paraît avoir conservé l'action publicienne ([1]). Cependant, sous Justinien même, l'usage de cette action n'est pas limité aux choses qu'on reçoit *a non domino :* en effet, si la tradition faite par le propriétaire autorise la revendication, c'est à la charge par ceux qui l'intentent de prouver leur propriété, et par conséquent la propriété de leur auteur,

([1]) *Ulp. fr.* 1, *de publ. in rem.*

(*a*) *Gaius*, 4 *inst.* 36. Tous les passages où se retrouve l'*intentio* de la revendication prouvent que le demandeur n'y soutient pas simplement *rem suam esse*, mais *suam esse* EX JURE QUIRITIUM. Gaïus (2 *inst.* 194) dit formellement que *vindicare*, c'est *intendere rem suam* EX JURE QUIRITIUM *esse;* et ailleurs (2 *inst.* 222), en parlant du legs *per præceptionem*, il distingue si la chose léguée appartenait au testateur *jure Quiritium*, ou s'il l'avait simplement *in bonis.* Dans le premier cas, le légataire a la revendication; dans le second, et suivant que le legs est fait à l'un des héritiers ou à un étranger, il faut intenter l'action *familiæ erciscundæ* ou l'action *ex testamento*, par cette raison qu'il est impossible d'exercer la revendication proprement dite pour les choses qui sont *in bonis.* (V. *Gaius*, 2 *inst.* 24 ; 4 *inst.* 16, 36, 41, 86 *et* 93.)

en remontant, de tradition en tradition, jusqu'au premier maître de la chose. L'usucapion seule dispense de toutes ces preuves, parce qu'elle confère au possesseur un droit indépendant de celui qu'ont pu avoir ou ne pas avoir ses prédécesseurs; en exerçant l'action publicienne, je ne suis pas tenu de prouver que la chose m'appartient, mais seulement que j'étais en position de l'acquérir par usucapion, et que je l'aurais effectivement acquise si ma possession avait continué ([1]). Si l'action publicienne devient inutile pour les choses dont la tradition a été faite par le véritable maître, ce n'est donc qu'après une possession suffisante pour accomplir l'usucapion (*a*).

1191. La fiction publicienne ne profite qu'aux possesseurs de bonne foi, précisément parce que les possesseurs de mauvaise foi sont incapables d'usucaper ([2]). La même raison conduirait à décider que l'action publicienne s'applique uniquement aux objets susceptibles d'usucapion, et en effet elle n'a pas lieu pour ceux dont l'aliénation est prohibée; mais, hors ce cas d'inaliénabilité, l'action s'applique à des choses non susceptibles d'usucapion ([3]), notamment à des choses incorporelles, comme l'usufruit, les servitudes rurales ou urbaines ([4]), quoique la loi Scribonia prohibe l'acquisition des servitudes par usucapion (*b*).

([1]) *Gaius, 4 inst.* 36. — ([2]) *Ulp. fr.* 1; *fr.* 7, §§ 11 *et* 17, *de public. in rem.* — ([3]) *Paul. fr.* 12, §§ 2, 3 *et* 4, *eod.* — ([4]) *Ulp. fr.* 11, § 1, *de public. in rem.*; *fr.* 10, § 1, *de usurp.*; *Paul. fr.* 14, *de servit.*

(*a*) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de publ. in rem.* Gaius (2 *inst.* 36) n'exige pas que la chose ait été livrée *non a domino*; il accorde l'action publicienne à ceux qui n'ont pas encore usucapé la chose livrée *ex justa causa*, sans distinguer par qui elle a été livrée. Justinien lui-même n'a pas inséré dans son texte (§ 4, *h. t.*) les mots *non a domino*, qui se trouvent dans celui du préteur (*fr.* 1, *de publ. in rem*), sans doute par interpolation; car ces prétendues paroles de l'édit sont les seules qu'Ulpien ne reprend pas pour les expliquer et les commenter séparément. Plus loin, en parlant de la bonne foi qu'exige le préteur, il suffira, dit Ulpien (*fr.* 7, § 11, *eod.*), d'avoir acheté de bonne foi, quand même on aurait acheté *non a domino* : certes le jurisconsulte qui s'exprime ainsi ne paraît pas considérer la tradition faite par le véritable maître comme incompatible avec l'exercice de l'action publicienne. Voyez le même Ulpien (*fr.* 11, § 1, *eod.*; *Nerat. fr.* 31, § 2, *de action. empt.*)

(*b*) *Paul. fr.* 4, § 29, *de usurp.* Cela s'explique, selon Pothier (6 *Pand.* 2, *n°* 14), parce que ces choses sont susceptibles de s'acquérir, non par usucapion, mais par la possession *longi temporis* qui, ne donnant pas précisément le droit de servitude, mais plutôt *vicem servitutis* (*Anton. C.* 1, *de servit.*), permettait d'agir par un interdit ou par une action utile (*Ulp. fr.* 5, § 3, *de itiner.*; *fr.* 10, *si servit. vind.*; *fr.* 1,

1192. L'action publicienne, soumise aux mêmes règles que la revendication, doit s'intenter aussi contre les mêmes personnes, c'est-à-dire contre quiconque détient la chose. Il pourrait donc arriver que le détenteur actuel possédât lui-même de bonne foi et avec toutes les conditions requises pour l'usucapion, en sorte qu'il aurait à exercer, s'il perdait la possession, la même action qu'on exerce contre lui. Ici le demandeur et le défendeur, lorsqu'aucun d'eux n'a reçu la chose de son véritable maître, n'ont pas plus de droit l'un que l'autre. Leur position paraît égale, sauf l'avantage de la possession actuelle, qui semblerait décisif pour le défendeur (1). Cependant Julien, et après lui Ulpien (2), remontent à l'origine des deux possessions, et ne maintiennent le détenteur actuel que dans le cas où la tradition faite aux deux adversaires l'a été par deux auteurs différents. Dans le cas contraire, c'est-à-dire entre deux parties qui ont successivement traité avec le même auteur, la plus ancienne des deux traditions détermine la préférence; et c'est même à cette antériorité de possession que s'attache Nératius (3), soit que les deux traditions faites *a non domino* émanent ou non de la même personne. Nératius repousse à cet égard la distinction de Julien, et ne préfère la dernière tradition que lorsqu'elle a été faite par le véritable maître, parce qu'alors elle a donné plus que la possession; elle a transféré, d'après le droit des gens, une propriété qui mérite la préférence.

1193. L'action publicienne, introduite dans un but d'équité, ne tend pas à dépouiller le défendeur des choses qui lui appartiennent (4); et cependant, s'il est préservé, ce n'est qu'indirectement et au moyen d'une exception dite JUSTI DOMINII qui met le défendeur dans la nécessité de prouver sa propriété [1186, 1329].

(1) § 4, *de interd.; Paul. fr.* 108, *de reg. jur.* — (2) *Fr.* 31, § 2, *de act. empt.* — — (3) *Nerat. fr.* 17, *de public. in rem.* — (4) *Paul. et Nerat. fr.* 16 *et* 17, *eod.; Pap. fr.* 57, *mandat.*

---

§ 23, *de aqu. et aqu. pluv.*), non pour faire constater le droit, comme dans l'action civile confessoire, mais pour faire maintenir (*tueri*) la possession. (*Scœv. fr.* 26, *eod.*; V. 425.)

L'action publicienne n'a pas lieu pour un esclave fugitif, pour les choses furtives et autres objets dont l'usucapion est impossible (*Ulp. fr.* 9, § 5, *de publ. in rem*), non par leur nature même, mais à raison du vice qui s'y trouve attaché, et peut-être parce qu'il n'en résulte qu'un obstacle temporaire.

La nécessité d'obtenir une exception prouve que l'action publicienne, par elle-même et indépendamment de toute addition qui en modifie la formule, amènerait la condamnation du propriétaire, et à plus forte raison celle de tout autre défendeur qui ne combattrait pas directement la prétention du demandeur [1320].

§§ III et V.

1194. Par une fiction contraire à celle qu'on vient d'exposer, l'usucapion accomplie est quelquefois rescindée *(rescissa usucapione)*, ce qui signifie que le préteur la considère comme non avenue, et permet au précédent propriétaire de revendiquer, comme si l'usucapion n'avait pas transféré la propriété au possesseur contre qui l'action est intentée (*a*).

Cette fiction modifie, sans le renverser entièrement, le principe de l'usucapion. Aussi l'action dont il s'agit n'appartient-elle pas indistinctement à tous les propriétaires qui ont laissé accomplir l'usucapion.

La rescision n'est ainsi accordée que pour des causes spéciales, et notamment lorsque l'usucapion s'est accomplie pendant l'absence du possesseur qui n'a pas été défendu, en ce sens qu'il n'a été représenté ni par un *procurator*, ni par aucune autre personne qui se soit portée défendeur pour lui contre la revendication du propriétaire ([1]). Alors, en effet, celui-ci, ne trouvant point d'adversaire, n'a pu obtenir ni juge ni action, et l'usucapion est devenue par cela même inévitable. C'est à l'iniquité d'un semblable résultat que le préteur remédie, soit parce que le possesseur non défendu a été absent ou détenu, soit parce qu'il a pris soin de se rendre inabordable, ou parce qu'il avait le privilége de n'être pas appelé *in jus* malgré lui ([2]), ou parce qu'il était prisonnier chez les ennemis (*b*).

([1]) *Ulp. fr.* 21, *pr.*, §§ 1 *et* 2 ; *Paul. fr.* 22, *in quib. caus. major.* — ([2]) *Ulp. fr.* 1 ; *fr.* 23, *pr. et* § 4 ; *fr.* 26, §§ 2 *et* 3 ; *Paul. et Gaius, fr.* 24 *et* 25, *eod.*

(*a*) *Possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usucepit* (§ 3, *h. t.*). Dans les éditions vulgaires, au lieu de POSSESSOREM on lit POSSESSOR ; ce qui indiquerait une revendication intentée, contre tous les principes, par celui qui possède. Le mot POSSESSOREM, qui se retrouve dans le § 5, ne laisse aucun doute sur la véritable leçon du § 3, et indique le rôle de celui qui possède : il est défendeur, et par cela même adversaire de celui qui intente l'action.

(*b*) *In hostium potestate* (*text. hic*). Le captif ne peut rien usucaper par lui-même [474]. Il faut donc supposer qu'il s'agit de choses possédées *ex causa pe-*

1195. En parlant de l'usucapion accomplie au profit d'un absent, notre texte suppose une absence motivée par un service public ou par la captivité du possesseur, et cela mal à propos ; car ceux qui s'éloignent volontairement et sans nécessité ne méritent pas plus de faveur que les personnes qui s'absentent malgré elles. L'équité, qui enlève à ces dernières le bénéfice de l'usucapion, milite à plus forte raison contre les premiers ; et en effet, l'édit qui rescinde l'usucapion accomplie au profit des absents s'applique sans distinguer les causes de l'absence, à tous les absents qui n'ont pas été défendus : *omnes qui absentes non defenduntur* (1).

Il en est autrement dans le cas inverse. Le propriétaire absent, qui n'avait point de *procurator* pour revendiquer en son nom (2), ne peut être réintégré contre les effets de l'usucapion qu'autant que son absence a été motivée par une crainte raisonnable, ou nécessitée par un service public (3). Le préteur réintègre pareillement les prisonniers de guerre auxquels s'applique le droit de *postliminium* (4), et les hommes libres qui vivaient IN SERVITUTE (5) ou étaient détenus d'une manière quelconque (6).

1196. Dans ces différents cas, l'ancien propriétaire revendique comme si l'usucapion n'était pas accomplie, et l'action fictive que lui accorde à cet effet le droit prétorien (7) prend le même nom que la précédente, sans doute parce que l'une et l'autre ont été introduites par le même préteur [1188]. Ainsi deux actions publiciennes se donnent, chacune dans un but opposé, l'une par l'extension du principe de l'usucapion, l'autre pour restreindre ce même principe en détruisant un de ses effets ; mais, dans ce dernier cas, l'action publicienne, appelée rescisoire par les interprètes (*a*), étant directement contraire

(1) *Ulp. fr.* 21, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 39, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 1 ; *fr.* 3 *et* 5 ; *Callistr. fr.* 2, § 1 ; *fr.* 4, *in quib. caus. maj.* — (4) *Ulp. d. fr.* 1, § 1 ; *fr.* 15 ; *Callistr. fr.* 14, *eod.* — (5) *Ulp. d. fr.* 1, § 1 ; *Callistr. fr.* 11 ; *Paul. fr.* 13, *eod.* — (6) *Ulp. d. fr.* 1, § 1 ; *Callistr. fr.* 9, *eod.* — (7) *Diocl. et Max. C.* 5, *ex quib. caus. maj.* ; *Ulp. fr.* 17, *in quib. caus. maj.*

---

culii [520] par les esclaves ou par les enfants qu'il a sous sa puissance. (*Ulp. fr.* 44, § 7, *de usurp.* ; *fr.* 23, § 3, *in quib. caus. major.*)

(*a*) A cause du mot *rescissoria*, qui se trouve dans plusieurs textes (*Ulp. fr.* 28, §§ 5 *et* 6, *ex quib. caus. maj.*) pour indiquer le caractère plutôt que le nom de l'action qui se donne *rescissa usucapione* (§ 5, *h. t.*), comme d'autres se donnent *rescissa traditione* (§ 6, *h. t.*) ou *rescissa alienatione* (*Ulp. fr.* 13, § 1, *de minor.*).

au droit civil, doit être demandée dans l'année (1) qui suit la cessation de l'absence (*si... abesse desierit tunc intra annum,* etc.), ou en général la cessation des causes qui empêchaient d'agir : *intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit* (2).

L'année dont il s'agit est l'année utile (3), dont le calcul difficile et incertain a été remplacé, dans le Bas-Empire (*a*), par un délai continu que Justinien (4) fixe à quatre ans. L'empereur accorde même au propriétaire un moyen facile d'interrompre la prescription malgré l'absence du possesseur. Il suffira de manifester, dans une requête adressée au magistrat supérieur ou dans une protestation authentique, l'intention de revendiquer. Ce moyen d'interruption supprime en réalité l'action rescisoire, du moins pour le cas où la prescription a couru au profit d'un absent.

1197. D'autres actions du même genre, c'est-à-dire réelles, prétoriennes et rescisoires, sont accordées, pour des motifs non moins équitables, à plusieurs autres personnes que le préteur réintègre en certains cas dans la propriété des objets qu'elles ont aliénés. Tels sont les mineurs de vingt-cinq ans que le droit civil suppose capables d'aliéner, soit seuls, soit avec autorisation de tuteur, tant qu'ils sont impubères [502]. Si l'aliénation légalement opérée préjudicie aux intérêts du mineur, le préteur vient à son secours, et entre autres moyens de réparation, il accorde quelquefois, *rescissa alienatione*, une action réelle contre le détenteur de la chose (5). Tel est encore, même après l'âge de vingt-cinq ans, le propriétaire qui a consenti, mais par crainte, une aliénation quelconque. Le droit civil admet la validité d'une pareille aliénation ; le préteur, au contraire, la considère comme non avenue (6), et permet à ceux qui l'ont consentie d'intenter une action réelle, à moins qu'ils

(1) *Paul. fr.* 35, *de obl. et act.*— (2) *Ulp. fr.* 1, *ex quib. caus. major.* — (3) *Alex. C.* 3, *de restit. mil.* V. 300. — (4) *Justin. C.* 1, *de annal. except.; C.* 7, *de in integr.* — (5) *Ulp. fr.* 13, § 1, *de minor.* — (6) *Paul.* 1 *sent.* 7, § 6 ; *Ulp. fr.* 9, §§ 3 *et* 6, *quod met. caus.*

(*a*) Constantin avait déjà substitué à l'année utile un délai continu de deux ans pour l'action de dol (*C.* 8, *de dol.*), et de cinq, quatre ou trois ans, pour la restitution des mineurs, selon qu'ils étaient de Rome, de l'Italie ou des provinces. (*C.* 2, *C. Th., de in integr. rest.*). C'est le terme moyen de quatre ans que Justinien adopte pour tout l'empire et pour toutes les restitutions, soit de mineurs, soit de majeurs, sauf l'action de dol dont la durée reste fixée à deux ans (*d. C.* 8).

ne préfèrent agir au quadruple par une action personnelle [1], dont il sera question plus loin [1243].

§ VI.

1198. Entre autres aliénations valables, d'après le droit civil, et considérées comme non avenues par le droit honoraire, remarquons ici celle qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers. Cette fraude suffit, d'après la loi Ælia Sentia, pour empêcher l'affranchissement d'un esclave [87] ; mais en prohibant la manumission, qu'elle frappe de nullité, cette loi ne statue que sur un cas particulier, et toute autre disposition du maître sur sa chose reste valable. Il peut donc aliéner frauduleusement tous ses biens, et même les esclaves qu'il ne pourrait pas affranchir [2]. Alors les créanciers fraudés n'ont d'autre ressource que de faire révoquer l'aliénation, et le préteur la révoque en effet en rescindant la tradition qui a transféré la propriété (*rescissa traditione*). Dans ce cas, il permet, non pas au débiteur lui-même, mais aux créanciers préalablement envoyés en possession [934], de revendiquer la chose en soutenant qu'elle n'a pas été livrée (*traditam non esse*), et par conséquent n'est pas sortie des biens de leur débiteur, *ob id in bonis debitoris mansisse.*

S'il existe une action réelle bien caractérisée, c'est assurément celle qu'on intente sur une question de propriété, en soutenant, comme le font ici les créanciers, que la chose dont l'aliénation est considérée comme non avenue n'a pas changé de maître. Aussi les créanciers qui revendiquent ainsi la chose aliénée par le débiteur agissent-ils contre la personne qui détient [3].

1199. Cette action réelle ne se retrouve dans aucune autre partie du *Corpus juris*. Elle est remplacée, au Digeste et au Code, par une action *in factum* arbitraire, qui se donne contre les complices du débiteur ou contre leurs héritiers [4], lors même qu'ils ne possèdent plus [5] : à ces signes, il est impossible de ne pas reconnaître une action personnelle. Elle tend à révoquer, non pas seulement les aliénations, comme l'action

(1) *Ulp. fr.* 9, §§ 3, 4 et 6, *eod.*; *Paul.* 1 *sent.* 7, § 4. — (2) *Paul. fr.* 26, *de contrah. emp.*; *Ulp. fr.* 6, § 5, *quæ in fraud.* — (3) *Theoph. hic.* — (4) *Ulp. fr.* 10, §§ 19, 20 et 25, *quæ in fraud.* — (5) *Paul. fr.* 9 ; *Ulp. fr.* 14, *eod.*

réelle de notre texte, mais tout ce que le débiteur a fait en fraude de ses créanciers, soit en aliénant sa chose, en libérant ses propres débiteurs, en s'imposant de nouvelles obligations, soit de toute autre manière ([1]), pourvu qu'il ait diminué son patrimoine ([2]) ; car les créanciers n'ont point d'action, lorsque le débiteur fait en sorte de ne pas acquérir, par exemple, lorsqu'il répudie une hérédité ([3]).

Quant aux personnes contre qui cette action est donnée, on distingue si elles ont traité avec le débiteur à titre onéreux, comme un acheteur, ou à titre gratuit en recevant une libéralité. Les premières courent une chance de perte ; aussi ne sont-elles soumises à l'action des créanciers que lorsqu'elles ont participé à la fraude du débiteur ([4]). L'action a lieu contre les autres personnes jusqu'à concurrence des valeurs dont elles se sont enrichies, et comme on ne leur enlève qu'un bénéfice sans les exposer à aucune perte, il importe peu qu'elles aient connu la fraude dont elles profitent ([5]).

1200. L'action réelle de notre texte n'admettait probablement pas toutes ces distinctions. On peut donc supposer qu'elle a été introduite la première, et ensuite remplacée par une action personnelle d'une application plus étendue et plus équitable. Du reste, l'une et l'autre action portent le nom d'action paulienne ([6]).

Quoi qu'il en soit, la fraude ne résulte pas de la seule intention. Ici, comme précédemment [90], il y a fraude lorsque l'intention de frustrer les créanciers concourt avec le préjudice réel que leur cause l'insolvabilité du débiteur ([7]). Aussi doivent-ils vendre ses biens avant d'intenter l'action dont la durée est d'une année utile à compter de la vente ([8]). Après l'année, l'action n'existe plus que pour ce dont le défendeur est devenu plus riche ([9]).

§ VII.

1201. Le contrat de gage se forme par la tradition d'un objet que le débiteur livre à son créancier pour sûreté de la dette [953]. La garantie, dans ce cas, vient de la possession et

([1]) *Ulp. fr.* 1, § 2 ; *fr.* 3, *pr. et* § 1 ; *fr.* 3, *pr. et* § 1, *eod.* — ([2]) *Ulp. d. fr.* 3, § 2. — ([3]) *Ulp. fr.* 6, *pr.*, § 1 *et seqq.* — ([4]) *Paul. et Ulp. fr.* 9 ; *fr.* 10, § 2, *quæ in fraud.* — ([5]) *Ulp. fr.* 6, § 11. V. *Venul. fr.* 25, *eod.* — ([6]) *Paul. fr.* 38, *pr. et* § 4, *de usur.*; *Theop. hic.* — ([7]) *Pap. fr.* 79, *de reg. jur.* — ([8]) *Ulp. fr.* 6, § 14, *quæ in fraud.* — ([9]) *Ulp. fr.* 10, § 24, *eod.*

se perd avec elle, du moins d'après le droit civil, qui n'accorde point d'action au créancier pour reprendre la chose passée en d'autres mains. D'un autre côté, en constituant un gage, le débiteur se dessaisit, et l'usage des objets engagés se trouve perdu pour lui. Il était donc difficile et souvent impossible de mettre en gage certaines choses, notamment celles dont un débiteur a besoin pour exercer son industrie ou sa profession. Cependant il importe au crédit de chacun d'avoir des garanties à offrir pour les engagements qu'il veut contracter ; aussi, pour donner à cet égard des facilités que refuse le droit civil, le préteur a-t-il admis que les créanciers acquerront et conserveront, indépendamment de toute possession, les sûretés que donne le contrat de gage.

A cet effet, il leur permet de suivre, par une sorte de revendication (1), soit le gage proprement dit, c'est-à-dire la chose qui leur a été livrée et dont ils ont perdu la possession, soit même l'hypothèque ou la chose qui, sans aucune tradition, a été affectée par simple convention au paiement de la dette. Dans l'un et dans l'autre cas, les créanciers agissent contre tout détenteur, *ab omni possessore* (2), par une même action, que l'on appelle hypothécaire, en sorte que, relativement à l'exercice de cette action, gage et hypothèque (*a*) deviennent synonymes, à cause de la similitude de leurs effets (3), quoiqu'il existe une différence importante dans la manière dont chacun d'eux se constitue (4).

1202. L'action hypothécaire n'est qu'une extension d'une autre action introduite par le préteur Servius pour un genre

(1) *Paul. fr.* 12, § 7, *quib. mod. pign. solv.*, *fr.* 29 ; *Marcian. fr.* 16, *de pign. et hyp.* — (2) *Marcian. fr.* 12, § 7, *qui potior.* — (3) *Text. hic* ; *Marcian. fr.* 5, § 1, *de pign. et hyp.*; *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de pigner. act.* — (4) *Text. hic, in fin.*; *Ulp. fr.* 9, § 2, *de pigner. act.*; *Gaius, fr.* 4, *de pign. et hyp.*, *fr.* 238, § 2, *de verb. signif.*

(*a*) Le mot *hypotheca*, si fréquent dans les textes compilés par Tribonien, ne se rencontre point dans les autres. Vinnius en conclut que les anciens jurisconsultes n'ont point connu cette expression ; qu'elle doit avoir été substituée au mot *fiducia*, dont ils se servaient fréquemment et qui n'existe plus dans les Pandectes. Il est certain que Tribonien, en supprimant le mot *fiducia*, a dû le remplacer par une autre expression, probablement par celle de *pignus* [1076] ; mais il n'a pas dû substituer *hypotheca*, qui désigne un gage purement conventionnel, à *fiducia* qui suppose une propriété transférée au créancier [955]. Si l'on admettait la possibilité d'un pareil changement, combien d'autres altérations ne faudrait-il pas supposer dans le titre *de pignoribus et hypothecis?* D'ailleurs, quelle aurait été l'utilité des actions servienne ou quasi servienne pour le créancier à qui la fiducie conférait le domaine quiritaire, et par suite la revendication?

spécial de créance. En effet, l'action servienne n'était accordée qu'au bailleur d'un fonds rural sur les effets appartenant au fermier ou colon et affectés au paiement des fermages par une convention expresse et par la convention seule : car, d'une part, il n'existe point d'affectation tacite sur les meubles apportés par le colon dans la ferme [1], et, d'autre part, les actions que le droit honoraire accorde au sujet du droit de gage naissent du simple pacte, sans tradition [2]. Plus tard, on a senti la nécessité de généraliser le principe de l'action servienne, et l'on a donné par extension, pour toute espèce de créance [3], l'action dite servienne utile, quasi servienne ou simplement servienne, et spécialement hypothécaire (a).

1203. Ici, comme dans la revendication proprement dite, on agit contre le détenteur, quel qu'il soit [4], et par conséquent contre le débiteur lui-même, ou contre les nouveaux propriétaires auxquels il aurait transféré la chose ; car l'aliénation ne change rien aux droits du créancier [5]. En conséquence, le juge ordonne au défendeur de restituer au demandeur la chose hypothéquée, si mieux il n'aime payer la dette [6], c'est-à-dire toute la dette; car le droit du créancier subsiste, malgré le paiement partiel, sur toute la chose et sur chacune des choses soumises à l'hypothèque [7], même lorsque le détenteur est étranger à la dette ou n'en doit qu'une portion. Ainsi, par exemple, au décès du débiteur primitif, la dette se divise entre plusieurs cohéritiers, comme l'hérédité même, et chacun d'eux se libère en soldant sa part de la dette; mais l'hypothèque et l'action hypothécaire n'en subsistent pas moins pour tout ce que doivent encore les autres héritiers, comme si le défunt lui-même n'avait fait qu'un paiement partiel [8].

Justinien [9], en accordant l'action hypothécaire aux légataires et fidéicommissaires sur les biens du défunt, décide

[1] *Nerat. fr.* 4, *in quib. caus.* — [2] *Paul. fr.* 17, § 2, *de pact.* — [3] *Marcian. fr.* 5, *de pign. et hyp.* — [4] *Marcian. fr.* 12, § 7, *qui potior.* — [5] *Diocl. et Max. C.* 15, *de pign. et hyp.*; *C.* 12, *de distract. pign.* — [6] *Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.* [7] *Ulp. fr.* 19, *eod.* — [8] *Pomp. fr.* 8, § 2, *eod.*; *Diocl. et Max. C.* 16, *de distract. pign.* — [9] *C.* 1, *commun. de legat.*

(a) *Pap. et Paul. fr.* 1, § 2; *fr.* 3; *fr.* 7 *et* 18, *de pign. et hyp.*; *Julian. fr.* 28, *de pigner. act.*; *Justin. C.* 1, *commun. de legat.* Cette action s'appelle aussi pigneratitienne (*Paul. fr.* 41, *de pigner. act.*; *Modest. fr.* 22, *de pign. et hyp.*; *Diocl. et Max. C.* 5, *si alien. res.pign.*), quoique cette dénomination désigne communément l'action personnelle qui résulte du contrat de gage [953]. (Voyez *Pothier*, 20 *Pand.* 1, *n°* 19, *notes f. et h.*

qu'elle ne sera exercée contre les débiteurs du legs ou du fidéicommis que pour la portion dont chacun d'eux est personnellement tenu. En effet, il n'en est pas des legs comme des dettes héréditaires : le défunt était tenu de ces dernières en totalité ; les legs, au contraire, sont une charge qui commence en la personne des héritiers après la mort du testateur. C'est alors aussi que commence l'hypothèque des légataires ; et comme l'obligation de chaque héritier est une obligation primitive dont personne n'était tenu antérieurement, l'hypothèque se trouve limitée dès son origine au montant de cette obligation. Cette décision ne déroge donc point à l'indivisibilité de l'hypothèque : aussi, lorsque le débiteur primitif des legs vient à décéder, l'action hypothécaire doit-elle subsister contre chaque héritier, non pour la part dont il est tenu personnellement, mais pour tout ce que devait le débiteur primitif, c'est-à-dire l'héritier direct.

1204. Le créancier qui intente cette action prétend avoir un droit de gage sur la chose possédée par le défendeur, et, pour justifier cette prétention, il doit prouver non seulement que le gage ou l'hypothèque ont été consentis, mais qu'ils l'ont été par la personne qui avait la chose *in bonis* au moment même de la convention [1]. C'est donc toujours une question de propriété que l'on soumet au juge, et ici, comme dans le paragraphe précédent, c'est la propriété du débiteur invoquée par les créanciers, mais justifiée par eux comme elle aurait pu l'être par le débiteur même, c'est-à-dire avec les mêmes preuves ou à l'aide des mêmes fictions. En effet, le créancier obtient par l'action hypothécaire le même succès que le débiteur aurait obtenu, soit par la revendication proprement dite, soit par l'action publicienne [2]. Il serait également repoussé par les mêmes exceptions, notamment par l'exception de dol, s'il agissait contre un possesseur de bonne foi, sans lui tenir compte de ses constructions, jusqu'à concurrence de la plus-value [3].

Le même objet, dont la possession ne peut se trouver à titre de gage proprement dit qu'entre les mains d'un seul créancier, peut être successivement hypothéqué à plusieurs par différentes conventions, et alors la préférence appartient, indépendamment de l'époque où chaque obligation a été contractée, au

(1) *Marcian. fr.* 23, *de probat.* — (2) *Paul. fr.* 18, *de pign. et hyp.* — (3) *Paul. fr.* 29, § 2, *eod.*

créancier dont l'hypothèque a été consentie la première [1] : tel est le sens de cet adage PRIOR TEMPORE, POTIOR JURE [2]. Aussi l'action hypothécaire intentée contre ceux qui possèdent en vertu d'un gage ou d'une hypothèque antérieure à celle du demandeur serait-elle repoussée par une exception spéciale [3].

1205. L'hypothèque peut s'établir sur un ou plusieurs objets déterminés, ou sur tous les biens actuels du débiteur pris en masse, et même sur tous ses biens présents et à venir [4], le tout au gré des contractants et par le seul effet de leur consentement. Quelquefois même la convention se présume, et l'hypothèque s'établit tacitement pour certains créanciers, notamment pour le locateur d'un fonds urbain sur les objets apportés par le locataire dans le bâtiment qu'il occupe [5], et pour le bailleur d'un bien rural, mais seulement sur les produits du fonds [6]; car la même présomption ne s'étend point aux objets apportés par le colon sur le bien affermé [7]. On appelle encore hypothèque tacite celle qui, indépendamment de toute convention, même présumée, est établie par la loi [8] : telles sont entre autres l'hypothèque du fisc sur tous les biens de ses débiteurs [9], l'hypothèque introduite ou du moins reconnue par Constantin [10] pour les mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, l'hypothèque accordée par Justinien aux légataires ou fidéicommissaires sur les biens du défunt [495], et aux femmes sur les biens de leurs maris, pour sûreté des reprises dotales [1296].

§§ VIII, IX et X.

1206. Justinien passe aux actions personnelles prétoriennes sans parler des actions personnelles civiles; mais on a vu précédemment que toute action *in personam* a pour cause une obligation; or nous avons traité des contrats, des délits et en même temps des obligations et actions qu'ils produisent, actions qui sont toutes personnelles et presque toutes civiles (*a*). Après

(1) *Marcian. fr.* 12, §§ 2 *et* 10, *qui potior.* — (2) *Anton. C.* 2, *eod.* — (3) *Marcian. d. fr.* 12, *pr, et* § 7. V. *Valer. et Gall. C.* 6, *qui potior.* — (4) *Paul. fr.* 12, *pr. et* § 3; *Scævol. fr.* 34, § 2, *de pign. et hyp.* — (5) *Nerat. fr.* 4, *in quib. caus. pign.* — (6) *Pomp. fr.* 7, *eod.* — (7) *Nerat. d. fr.* 4, *eod.*; *Alex. C.* 5, *de locat. et conduct.* — (8) *Theod. C.* 6, *in quib. caus. pign.*; *Justin. C.* 8, § 4, *de sec. nupt.*; *C.* 6, § 4, *de bon. quæ liber.* — (9) *Hermog. fr.* 46, § 3, *de jur. fisc.*; *Anton. C.* 1 *et* 2, *in quib. caus. pign.* — (10) *C.* 20, *de admin. tut.*

(*a*) L'action *furti manifesti*, l'action *vi bonorum raptorum*, et souvent même l'action d'injures, sont prétoriennes [1133, 1139, 1159].

avoir distingué deux sortes d'obligations, civiles et prétoriennes [939], on a donc traité suffisamment des premières. Il ne reste à parler que des secondes, et c'est à propos des actions personnelles prétoriennes qu'on va s'occuper ici de l'obligation que chacune d'elles sanctionne, comme précédemment, et à propos des obligations civiles, on a indiqué les actions personnelles qui en dérivent.

Il existait à Rome des *argentarii* ou vendeurs d'argent, qui se livraient à différentes opérations de banque, et spécialement au change des monnaies, dont ils étudiaient le titre pour apprécier exactement leur valeur. A raison de l'expérience qu'ils acquéraient dans cette partie, on les consultait et on les faisait intervenir dans presque tous les paiements : souvent même ils se chargeaient de payer pour autrui, le créancier préférant la monnaie certaine et vérifiée d'un expert, à la monnaie douteuse du débiteur. Les *argentarii* ouvraient à leurs clients des crédits et par suite des comptes actifs et passifs, dont ils tenaient écriture (1). Lorsqu'un d'eux s'était ainsi chargé de payer pour autrui, le simple consentement devenait obligatoire, et par exception au principe général que les pactes ne produisent point d'actions (2), le créancier avait contre l'*argentarius* une action civile dite *receptitia* (3).

1207. Semblable promesse faite par toute autre personne restait dans la foule des pactes que rien ne distingue, et ne serait devenue obligatoire que par la stipulation ; mais tandis que le droit civil refusait de sanctionner les promesses purement consensuelles, les préteurs ont voulu maintenir la foi promise (4) ; ils ont saisi toutes les occasions de garantir l'exécution des pactes, et les ont sanctionnés, autant qu'ils le pouvaient, en accordant des exceptions (5) et quelquefois même des actions. C'est ainsi qu'à l'exemple de l'action *receptitia*, donnée par le droit civil contre les seuls *argentarii*, ils ont introduit l'action *constitutæ pecuniæ* contre toute personne (*cum omnibus... quicumque*), ce qui comprend même les *argentarii ;* et cependant l'action *receptitia* restait encore plus avantageuse contre eux que l'action *constitutæ pecuniæ.*

(1) *Ulp. fr.* 4 ; *Gaius, fr.* 10, § 1, *de edend.; Cujac.* 10 *observ.* 14.— (2) *Ulp. fr.* 7, §§ 4 *et* 5, *de pact.* — (3) § 8, *h. t.*— (4) *Ulp. fr.* 1, *de pecun. constit.* — (5) *Ulp. fr.* 7, §§ 4 *et* 7, *de pact.* V. § 3. *de except.*

En effet, la première était perpétuelle, comme toutes les actions civiles : elle s'appliquait à tous les objets que l'*argentarius* était convenu de payer, quels qu'ils fussent, sans examiner s'il existait une obligation antérieure, tandis que l'action *constitutæ pecuniæ*, annale dans certains cas (*a*), ne s'appliquait qu'à des quantités, ou, en d'autres termes, aux choses *quæ pondere, numero mensurave constant* [949], et seulement lorsque la convention avait pour cause une dette antérieure [1].

1208. Ces deux actions subsistèrent donc distinctes l'une de l'autre ; mais Justinien, par une fusion semblable à celle qu'il a opérée sur les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien [791], supprime l'action *receptitia* en cumulant ses effets avec ceux de l'action *constitutæ pecuniæ*. Celle-ci devient perpétuelle et a lieu contre toutes personnes et pour toute espèce d'objets indistinctement, pourvu que la convention se réfère, comme l'exigeait le préteur, à une obligation préexistante [2]. Il semble effectivement qu'il en soit ici du constitut par lequel on convient de payer, comme du paiement même : l'un et l'autre supposent une dette et une dette de même nature, c'est-à-dire telle que le paiement n'en puisse pas être répété comme indûment effectué [3].

1209. L'action *constitutæ pecuniæ* appartient au créancier contre le débiteur ou contre toute autre personne qui est convenue de payer sans stipulation [4]; car le consentement suffit sous quelque forme qu'il intervienne, comme dans les contrats consensuels [5], pourvu qu'il y ait CONSTITUT.

Le verbe *constituere*, spécialement usité dans cette matière, a remplacé, dans la langue latine, l'ancien verbe RECIPERE dont l'action *receptitia* avait tiré son nom. L'un et l'autre signifient prendre jour pour faire quelque chose : CONSTITUERE SE SOLUTURUM serait donc convenir de payer à jour fixe [6], et dans l'intention précise de se soumettre à l'action *constitutæ pecuniæ ;* en sorte que la convention faite dans tout autre but, et

(1) *Justin. C. 2, de constit. pecun.* — (2) *Justin. d. C. 2.* — (3) *Ulp. fr. 1, §§ 6, 7 et 8 ; fr. 3, pr. et § 1 ; Pap. fr. 25, § 1 ; Paul. fr. 29, de pecun. constit.*— (4) § 8, *h. t.* — (5) *Ulp. fr. 14, § 3 ; Paul. fr. 14, § 3 ; Paul. fr. 15, eod.* — (6) *Cujac. ad. Paul. fr. 4 et 17 ; fr. 21, § 1, eod.*

(*a*) « In certis speciebus annali spatio concluderetur. » (*Justin. C. 2, de constit. pecun.*) Les cas dont parle Justinien sont inconnus aujourd'hui.

par exemple pour former une stipulation, ne peut en aucun cas obtenir l'effet d'un constitut (1).

1210. Quoique la promesse de payer ne soit assurément pas un paiement, il existe entre eux certaines analogies, et par suite on applique au constitut plusieurs principes du paiement, notamment celui qui permet de payer une chose pour une autre (2). On a douté qu'une obligation conditionnelle ou à terme pût servir de base au constitut (3), sans doute à l'égard de la première, parce que la dette n'existant pas encore [966], le paiement serait sujet à répétition (4) : aussi a-t-on décidé que le constitut sera suspendu par la même condition que la dette primitive (5).

Pour l'obligation à terme, le doute n'avait pas les mêmes fondements : il a été levé, dès le temps d'Auguste, par Labéon, pour qui la principale utilité du constitut était précisément d'avancer l'exigibilité des créances en fixant le paiement soit à un jour plus prochain, soit au jour même où le constitut intervient (6). Aussi Cujas a-t-il observé que le constitut se fait toujours à terme. Ce fut même une question de savoir si l'omission d'un terme ne doit pas entraîner la nullité du constitut : Paul (7) accorde, en ce cas, un délai tacite de dix jours. Remarquons, à cette occasion, que la convention de payer aujourd'hui même est véritablement à terme : en effet, l'action ne pourra être intentée que demain, tandis que l'obligation pure et simple [961] permet d'agir immédiatement *statim* (8).

1211. Le constitut, qui à cet égard encore ressemble au paiement, peut être fait au créancier, ou pour lui, en son nom et avec son consentement, à une autre personne (9) ; et chacun peut constituer pour sa propre dette ou pour celle d'autrui (10) sans le consentement du débiteur, ou même malgré lui (11). Au premier cas, c'est-à-dire, lorsqu'il est consenti par le débiteur même, le constitut consolide et modifie la dette, soit en procurant au créancier une action que ne lui aurait pas donnée l'obligation naturelle, soit en ajoutant à l'action qu'il avait déjà une autre action plus rigoureuse (12), qu'il exercera pour un au-

(1) *Ulp. fr.* 1, § 4, *eod.* — (2) *Ulp. d. fr.* 1, § 5. — (3) *Justin. d. C.* 2, *de pecun. constit.* — (4) *Pomp. fr.* 16 ; *Cels. fr.* 18, *de condict. indeb.* — (5) *Paul. fr.* 19, *de constit. pecun.* — (6) *Ulp. fr.* 3, § 2 ; *Paul. fr.* 4, *eod.* — (7) *Paul. fr.* 21, § 1, *eod.* — (8) *Paul. d. fr.* 21, § 1. — (9) *Ulp. fr.* 5, § 2 ; *fr.* 7, *eod.* — (10) § 9, *h. t.* — (11) *Ulp. fr.* 27, *de constit. pecun.* — (12) *Gaius*, 4 *inst.* 172.

tre objet, dans un autre lieu ou à une autre époque (1). Dans le second cas, le constitut consenti par un tiers produit une sorte de cautionnement, comme la fidéjussion, mais plus avantageux au créancier, puisque, même avant Justinien, on pouvait exercer l'action *constitutæ pecuniæ* sans perdre l'action primitive contre le débiteur (*a*).

1212. En effet, le constitut se joint à l'obligation sans l'éteindre (2), et cependant il y apporte d'importantes modifications. Ainsi, lorsqu'il existe deux créanciers solidaires [973] ou un seul créancier avec un adjoint *solutionis gratia* [1007], le constitut fait, dans le premier cas avec l'un des créanciers, et dans le second cas avec le créancier seul sans adjonction, enlève au débiteur le droit de payer soit à l'autre créancier, soit à l'adjoint (3), parce que le constitut est, à l'égard du créancier qui l'accepte, ce que serait un paiement par lui reçu (4) : cela signifie, selon moi, qu'après le constitut comme après le paiement, il est réputé avoir toujours été seul créancier ou seul capable de recevoir [972]. Pareillement, dans le cas d'une dette alternative qui permet au débiteur de payer telle chose ou telle autre à son choix, le constitut, consenti pour l'une des deux, ôte la possibilité d'offrir l'autre en paiement (5). Il en serait de même sans doute de toute autre dette, si le constitut

(1) *Ulp. et Paul. fr.* 1, § 5 ; *fr.* 3, § 2 ; *fr.* 4, *eod.* — (2) *Gaius, fr.* 28, *de pec. constit.* — (3) *Paul. fr.* 8 *et* 10, *eod.* — (4) *Paul. d. fr.* 10. — (5) *Pap. fr.* 25, *eod.*

(*a*) *Ulp. fr.* 18, § 3, *de pec. const.* Il existe plusieurs autres différences : 1° l'obligation principale et celle du fidéjusseur doivent avoir le même objet (*Ulp. fr.* 8, § 8, *de fidej.*), tandis que l'objet du constitut peut n'être pas celui de la dette primitive (*Ulp. fr.* 1, § 5, *de pec. const.*); 2° le constitut peut avoir un terme moins éloigné que celui de l'obligation primitive (*Paul. fr.* 4, *eod.*). Cujas (*ad Paul.*, *fr.* 4, §§ 10 *et* 13, *eod.*) n'aperçoit sous ce rapport aucune différence entre le constitut et la fidéjussion. En s'appuyant sur la règle qui empêche le fidéjusseur de s'obliger *in duriorem causam* [1028], règle générale qui s'applique à toutes les personnes obligées pour autrui, et au constituant comme au fidéjusseur (*Ulp. fr.* 8, § 7, *de fidej.*), Cujas prétend que ce dernier peut s'obliger pour un terme plus prochain que le terme de l'obligation principale. Aucun texte, dit-il, ne s'y oppose. Pour moi, je vois la prohibition écrite au Digeste (*Julian. fr.* 16, § 5, *de fidej.*) et même aux Institutes : *non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur ; plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare* (§ 5, *de fidej.*).

Le constitut consenti pour une somme plus forte que le montant de la dette primitive vaut jusqu'à concurrence seulement de celle-ci. En effet, l'excédant n'était pas dû (*Ulp. fr.* 11, § 1, *de const. pec.*). On a vu précédemment les doutes qui, dans la même hypothèse, se sont élevés sur la validité de la fidéjussion [1028].

était consenti pour un autre objet que celui de l'obligation primitive.

Le § 10 sera expliqué avec le § 4 au titre suivant.

§ XI.

1213. On ne s'en rapporte point aux allégations d'un plaideur, ni même aux serments bénévoles qu'il fait spontanément [1]; mais dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'il a été déféré à l'une des parties par son adversaire ou par le juge, le serment prêté et la foi qu'il obtient sont considérés comme un excellent moyen de terminer les contestations [2]. On distingue à cet égard le serment volontaire, le serment nécessaire et le serment judiciaire.

Cette dernière qualification s'applique au serment déféré *in judicio* par le juge. En effet, lorsque l'insuffisance des preuves fournies de part et d'autre, *inopia probationum* [3], n'a produit que des doutes, *in dubiis causis* [4], le juge peut, pour en sortir, déférer le serment à l'une des parties, et statuer pour ou contre elle suivant qu'elle a prêté ou refusé ce serment [5].

1214. Lorsqu'il est certain que le défendeur doit être condamné, le serment judiciaire est encore usité pour déterminer le montant de la condamnation. A cette fin, le juge permet au demandeur de *jurare in litem*, c'est-à-dire d'affirmer avec serment quel est pour lui l'intérêt du litige [6]. Toutefois le juge qui défère un semblable serment peut ne le déférer que dans certaines limites, jusqu'à concurrence d'une valeur qu'il précise [7]; et même, après le serment prêté, il peut encore, s'il existe pour cela de fortes raisons, prononcer une condamnation moindre ou une absolution complète [8], sans être lié par un serment qu'il n'est jamais tenu de déférer [9], et qu'il ne peut déférer que dans des cas spéciaux. Régulièrement, en effet, le demandeur n'est admis à *jurare in litem* que dans les actions réelles, dans les actions personnelles dites *bonæ fidei* ou dans l'action *ad exhibendum*, et seulement lorsqu'il y a dol ou mauvaise volonté de la part du défendeur. Lorsqu'on ne reproche à ce dernier qu'une simple faute, le

(1) *Ulp. fr. 3, de jurejur.* — (2) *Gaius, fr. 1, eod.* — (3) *Diocl. et Max. C. 3, de reb. cred.* — (4) *Gaius, fr. 31, de jurejur.* — (5) *Gaius, d. fr. 31, de jurejur.; Diocl. et Max. C. 3, de reb. cred.* — (6) *Marcell. fr. 8; Callistr. fr. 10, de in lit. jur.* — (7) *Ulp. fr. 4, § 2, de in lit. jur.* — (8) *Ulp. d. fr. 4, § 3; Marcian. fr. 5, § 2, eod.* — (9) *Marcian. d. fr. 5, § 1.*

juge doit apprécier lui-même ce qui est dû au demandeur sans déférer aucun serment ([1]).

1215. Dans toute contestation, et quelle que soit l'action intentée ou demandée ([2]), chacune des parties peut, soit *in jure*, soit *in judicio*, déférer le serment à son adversaire, en offrant de tenir pour vrai ce que celui-ci aura juré. Nul ne peut raisonnablement refuser une semblable proposition que dans la crainte de se parjurer; refuser, c'est donc désavouer tacitement ce qu'on ne veut pas jurer. Aussi lorsqu'on n'en est pas dispensé par l'adversaire qui a déféré le serment, faut-il jurer ou perdre le procès ([3]), à moins qu'on ne réfère le serment à celui même qui l'a déféré. Alors celui-ci n'a aucun motif plausible pour ne pas se soumettre à une condition qu'il avait imposée le premier, et il doit succomber lorsqu'il ne prête pas le serment qu'il ne peut plus renvoyer à son adversaire ([4]).

Le serment ainsi déféré ou référé entre les parties qui sont en instance (*a*), est celui que j'appelle nécessaire, par opposition au serment volontaire dont s'occupe notre texte, et que l'une des parties défère également à l'autre, mais hors de toute instance, avant d'être *in judicio* ou même *in jure* (*b*).

1216. Alors tout dépend de la convention. La partie à qui son adversaire propose de jurer est libre de rejeter la proposition; mais, après avoir consenti, elle n'est pas admise à référer le serment par elle accepté ([5]).

([1]) *Marcian. d. fr.* 5, § 3; *Paul. fr.* 2, § 1; *Ulp. fr.* 4, § 4, *eod.* — ([2]) *Ulp. fr.* 2, §§ 1, 2 *et* 3; *fr.* 34, *de jurejur.* — ([3]) *Ulp. fr.* 34, § 6, *eod.* — ([4]) *Ulp. d. fr.* 34, § 7, *eod.* V. *Pap. fr.* 25, § 1, *de pecun. constit.* — ([5]) *Paul. fr.* 17, *de jurejur.*

(*a*) Lorsque le serment a été déféré *in jure*, le préteur fait perdre la cause du défendeur, en le contraignant de payer comme s'il avait été condamné, ou celle du demandeur, en lui refusant l'action qu'il sollicite (*Ulp. fr.* 34, §§ 6 *et* 7, *de jurej.*). Au contraire, lorsque l'action est déjà donnée et la cause portée *in judicio*, c'est le juge qui prononce en absolvant le défendeur ou en le condamnant (*d. fr.* 34, § 9). Ulpien, dans ces différents cas, suppose que le serment est déféré au défendeur, mais c'est par forme d'exemple; car le serment peut être déféré au demandeur, tout aussi bien que par lui (*Ulp. fr.* 9, § 7, *de jurej.*; *Diocl. et Max. C.* 8, *de reb. cred.*).

(*b*) Les interprètes ne s'accordent pas sur la distinction des serments volontaire et nécessaire. Cujas applique la première de ces deux qualifications au serment déféré *in jure* ou *in judicio*, parce qu'on est libre de le prêter ou de le référer, et la seconde au serment référé, parce que la même liberté n'existe plus. La distinction que j'adopte ici est celle de Voet.

En cas d'acceptation, le débat semble tranché par une sorte de transaction conditionnellement subordonnée à la prestation du serment, transaction que le droit honoraire confirme, en considérant comme prouvé [1] ce qui a été juré. Il ne reste plus alors d'autre question que celle de savoir si le serment a été régulièrement prêté. En effet, on jure ordinairement *per Jovem, per salutem suam, per genium principis* ou de toute autre manière, pourvu qu'elle ne blesse pas la religion de l'État, et en observant cette condition générale, que le serment nécessaire doit toujours être prêté tel qu'il est déféré [2], et le serment volontaire tel qu'il a été convenu, à moins que l'on ne soit dispensé de le prêter par celui qui l'a déféré (*a*). Lorsqu'il s'élève un débat sur la question de savoir si ce dernier serment a été régulièrement prêté, celui qui prétend avoir juré obtient, s'il est défendeur, une exception dont il sera question plus loin [1331], ou s'il est demandeur, une action dite DE JUREJURANDO [3].

En effet, notre texte suppose un créancier ou soi-disant tel, qui, sur la proposition de son adversaire (*postulante adversario*), prétend avoir juré *deberi sibi pecuniam*, et alors il ne s'agit pas de savoir si le demandeur est créancier, mais s'il a juré [4]; car l'action de *jurejurando* est une de celles que l'on nomme IN FACTUM [5].

1217. On appelle action IN JUS celles dont l'*intentio*, dictée par le droit civil, pose une question de droit [6], par exemple, celle de savoir dans la revendication, si le demandeur a le domaine quiritaire, *si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse;* dans les actions personnelles, si le défendeur est tenu de donner ou de faire, *si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere* [7]. Dans ce cas, la formule contient trois parties : la *demonstratio*, qui énonce le fait à l'occasion duquel s'élève le litige ; l'*intentio*, qui pose la question de droit, et la *condem-*

(1) *Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.* — (2) *Ulp. et Paul. fr.* 13, § 6 ; *fr.* 3, § 4 ; *fr.* 5, *pr.*, §§ 1 et 3 ; *fr.* 33, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 9, § 1, *de jurejur.* — (4) *Text. hic; Ulp. d. fr.* 9, § 1 ; *fr.* 5, § 2 ; *Paul. fr.* 28, § 10, *de jurejur.* — (5) *Diocl. et Max. C.* 8, *de reb. cred.* — (6) *Gaius*, 4 *inst.* 45. — (7) *Gaius*, 4 *inst.* 41.

(*a*) Le serment est considéré comme prêté sans l'avoir été, lorsque la partie qui était disposée à jurer en a été dispensée par son adversaire (*Paul. fr.* 6, *de jurej.*) ; et il y a dispense tacite lorsque celui qui a provoqué le serment refuse de jurer préalablement *de calumnia* (802, 1369 ; V. *Ulp. fr.* 34, § 4 ; *fr.* 37, *eod.*).

natio. Dans les actions *in factum*, au contraire, la question de savoir s'il y a propriété d'une part ou obligation de l'autre, en un mot la question de droit disparaît; les deux premières parties de la formule se confondent, et le fait, au lieu d'être simplement énoncé comme il le serait dans la *demonstratio*, passe dans l'*intentio*, où il est mis en question [1].

Les actions *præscriptis verbis* sont des actions civiles dont l'*intentio* pose une véritable question de droit [2], quoiqu'on les appelle souvent *in factum* [3], sous le rapport de la *demonstratio*, parce qu'au lieu de désigner le contrat par sa dénomination légale, comme on désigne une vente, un dépôt, etc., *quod vendidit... quod deposuit* [4], on emploie une périphrase qui détaille les circonstances créatrices du contrat, *præscriptis verbis rem gestam demonstrat* [5].

1218. Quoique les actions *in factum* ne posent pas une question de droit proprement dite, il n'en résulte pas toujours que la condamnation dépende uniquement de la vérification d'un fait matériel. Elle dépend souvent du caractère spécial qui doit être attribué aux faits que le juge doit apprécier. Ainsi, dans l'action *de dolo*, il s'agit de savoir si le défendeur a commis un dol, et lorsque le demandeur articule les circonstances d'où résulte ce dol, par exemple, l'inexécution de certaine convention, le juge ne doit pas se borner à constater matériellement que la convention existe et n'est point remplie; il faut encore apprécier ce fait, en déterminer le caractère et décider s'il constitue un dol. Si, au contraire, la condamnation est subordonnée à la simple existence d'un fait déterminé, par exemple, d'un serment prêté, il suffira au juge de constater le fait sans l'apprécier. Ce dernier cas présente l'action *in factum* dans le sens le plus étroit, l'action *in factum* proprement dite, qu'on oppose sous cette seule dénomination à plusieurs autres, et notamment à l'action de dol [6].

1219. L'action *de jurejurando*, et les autres actions *in factum* dont s'occupe Justinien [7], sont présentées comme personnelles; cependant, en affirmant le fait dont l'existence est mise en question, le demandeur n'argue ni d'un droit à lui appartenant, ni d'une obligation imposée au défendeur. Aussi la dis-

(1) *Gaius*, 4 *inst.* 46, 47 *et* 60. — (2) *Pap. fr.* 1, *pr. et* § 2; *Ulp. fr.* 15. V. *Nerat. fr.* 6, *de præscript. verb.* — (3) *Gaius, fr.* 22, *eod.* — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 40. — (5) *Diocl. et Max. C.* 6, *de transact.* — (6) *Ulp. fr.* 11, § 1, *de dol.* — (7) *Text. hic*; § 12, *h. t.*

tinction des actions *in rem* ou *in personam* ne s'appliquait-elle, à proprement parler, qu'aux actions *in jus;* mais comme le fait dont la formule *in factum* fait dépendre la condamnation peut être considéré comme la cause d'une obligation dont le demandeur argue implicitement, plusieurs actions *in factum* sont déclarées personnelles, lorsque le fait se trouve expressément imputé au défendeur, ou même lorsqu'il est articulé d'une manière générale et indépendamment de son auteur. Dans ce dernier cas quoique l'*intentio* soit rédigée *in rem*, l'action n'en est pas moins personnelle; c'est ainsi qu'en parlant de l'action QUOD METUS CAUSA, les textes disent, d'une part, qu'elle est *in rem scripta* (1), et d'autre part qu'elle est personnelle (2), comme les interdits [1365] qui sont personnels par leur nature même, quoique rédigés *in rem* (3).

1220. Les formules *in factum* donnent à certaines personnes la possibilité, qu'elles n'auraient pas autrement, d'exercer plusieurs actions. Les fils de famille, par exemple, prétendraient inutilement qu'une chose quelconque leur appartient ou leur est due, puisque ce n'est pas à eux, mais au père de famille, qu'appartient la propriété ou la créance ; mais les actions *in factum*, ne soulevant aucune question de propriété ou d'obligation, peuvent être exercées par les fils de famille (4). Aussi leur accorde-t-on les actions de dépôt et de commodat (5), parce qu'il existe pour chacune d'elles une formule *in factum*, indépendamment de la formule civile *in jus* (6). Les fils de famille exercent aussi l'action d'injure (7), c'est-à-dire vraisemblablement l'action d'injure prétorienne (1156, 1159], et par conséquent *in factum*.

1221. Plusieurs actions *in factum* ont été introduites pour étendre l'application d'un principe ou d'une loi juste et nécessaire, par exemple, de la loi Aquilia. Alors l'action est à la fois utile et *in factum :* utile, à cause de l'extension qu'elle donne à l'action primitive ou directe; *in factum*, à cause des modifications apportées à la formule en supprimant son *intentio in jus* [1217]. Ces actions, qui sont une création spéciale du droit honoraire [1151], diffèrent sensiblement de plusieurs autres actions prétoriennes qui, soit pour étendre aussi les principes

(1) *Ulp. fr.* 9, § 8, *quod. met. caus.* — (2) § 31, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 1, § 3, *de interdict.* — (4) *Ulp. fr.* 13, *de obl. et act.* — (5) *Paul. fr.* 9, *eod.* — (6) *Gaius*, 4 *inst.* 47. — (7) *Paul. d. fr.* 9, *de obl. et act.; fr.* 13 ; *fr.* 17, § 10, *de injur.*

du droit civil, soit même pour les restreindre, lui empruntent quelquefois ses formules et conservent leur *intentio in jus*, mais en l'appliquant à des cas nouveaux, au moyen de plusieurs fictions, comme celles qui supposent l'usucapion accomplie, ou, en sens inverse, l'usucapion et certaines aliénations rescindées et non avenues [1188, 1196]. C'est ainsi que la revendication se transforme sous le nom d'action publicienne, en une action utile, c'est-à-dire fictive, qui n'est pas *in factum*. C'est ainsi pareillement que le *bonorum possessor* et le fidéicommissaire qui sont *heredis loco* [782, 906], comme le *bonorum emptor* [933], exercent ou subissent les actions du défunt ou du débiteur, comme s'ils étaient héritiers (1). L'action de vol et l'action de la loi Aquilia, lorsqu'on les étend aux *peregrini*, se donnent aussi au moyen d'une fiction prétorienne qui considère ces derniers comme citoyens (2).

§ XII.

1222. Sans rien emprunter aux actions civiles, sans étendre et sans modifier leur formule, les préteurs ont créé beaucoup d'actions *in factum*, tantôt pour sanctionner un principe d'équité étranger au droit civil, et notamment pour réprimer le dol [1260], tantôt pour faire respecter leur propre juridiction.

De là plusieurs actions pénales (3), et entre autres une action populaire [1168] *de albo corrupto*, contre tous ceux qui, à dessein, enlèvent ou altèrent les édits transcrits, soit *in albo*, c'est-à-dire sur un tableau de couleur blanche, spécialement usité pour leur publication, soit même sur du papier ou sur toute autre matière (4).

1223. Pour obtenir une formule d'action, il faut que le demandeur se présente devant le magistrat avec son adversaire. Il doit donc, avant tout, appeler ce dernier *in jus* [1173], en le sommant à haute voix de s'y rendre immédiatement. En cas de refus, on pouvait l'entraîner de force (5).

On ne porte pas la main sur toute personne indistinctement, sans blesser beaucoup de convenances. Aussi est-il défendu d'appeler *in jus* les magistrats supérieurs durant le cours de

(1) *Gaius*, 4 *inst.* 34, 35, 36 *et* 111.— (2) *Gaius*, 4 *inst.* 47.— (3) *Text. hic; Gaius*, 4 *inst.* 46. — (4) *Ulp. fr.* 7, *pr.* § 1 *et seqq.*, *de jurisd.* — (5) *Pothier*, 2 *pand.* 4, *n.* 1 *et* 2.

leur magistrature, les pontifes pendant qu'ils remplissent leur ministère, et les particuliers eux-mêmes tant qu'ils restent chez eux, ou lorsqu'ils vaquent au dehors à certaines affaires qui n'admettent ni retard ni interruption [1].

1224. Les enfants ne doivent appeler *in jus* leurs ascendants de l'un ou de l'autre sexe qu'avec la permission du préteur [2]. Les mêmes égards sont dus au père adoptif, tant qu'il conserve l'adopté sous sa puissance [3] ; ils sont dus par tout affranchi à son patron ou à sa patronne, à leurs ascendants et descendants [4], et même d'après les constitutions [5], à leurs héritiers, ainsi qu'à l'épouse du patron. En cas de contravention, la personne appelée *in jus* obtenait contre son adversaire une action dont la condamnation s'élevait à 10,000 sesterces (*a*).

La violence employée sur une personne pour l'entraîner *in jus*, peut exciter ses amis à la délivrer en recourant aux mêmes moyens. Pour réprimer, à cet égard, toute résistance illicite, le droit honoraire établit, au profit de celui qui avait droit de conduire un adversaire *in jus*, et contre chacun de ceux qui s'y sont opposés en employant ou faisant employer la force, une peine équivalente à la somme que le demandeur prétendait obtenir de cet adversaire, sans préjudice du droit qu'il conserve contre ce dernier [6].

§ XIII.

1225. Le magistrat qui pose une question au juge le charge ordinairement de condamner ou d'absoudre le défendeur suivant que la question aura été affirmativement ou négativement résolue. A cette occasion nous avons distingué, entre autres parties de la formule, l'*intentio* qui pose la question, et la *condemnatio* qui confère au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Quelquefois cependant on n'ajoute pas ce pouvoir ; alors la formule, réduite à la seule *intentio* sans *condemnatio*, n'est

(1) *Ulp. fr.* 2 *et* 4 ; *Gaius, fr.* 18 ; *Paul. fr.* 19 *et* 21, *de in jus vocand.* — (2) *Ulp. fr.* 4, §§ 1, 2 *et* 3 ; *Paul. fr.* 5 *et* 6 *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 8, *eod.* — (4) *Ulp. fr.* 4, § 1 ; *fr.* 10, §§ 5 *et* 9, *eod.* — (5) *Alex. C.* 1 ; *Gord. C.* 2, *de in jus voc.* — (6) *Ulp. fr.* 5, §§ 1 *et* 3, *ne quis eum.*

(*a*) *Gaius,* 4 *inst.* 46. Dans la législation de Justinien elle est de 50 sols, *solidorum quinquaginta* (§ 3, *de pœn. tem. lit.*) ou deniers d'or, *quinquaginta aureorum* (*Ulp. fr.* 24, *de in jus voc.*), chacun de 100 sesterces, ce qui ne monte plus en tout qu'à 5,000 sesterces [880].

plus un *judicium* proprement dit. On l'appelle *præjudicium* ou *præjudicialis formula* (1), et dans notre texte *præjudicialis actio*, parce qu'on l'emploie souvent pour faire statuer sur des questions dont la décision préalable importe à la solution d'une autre question, qui fera plus tard l'objet d'un *judicium ;* par exemple, lorsqu'un patron réclame de son affranchi les services dont celui-ci est tenu [921], ou se plaint d'avoir été appelé *in jus* par ce dernier [1224]. Dans l'un et l'autre cas, si le prétendu affranchi se dit ingénu, il faut décider si cette qualité lui appartient, avant d'examiner les griefs du soi-disant patron (2). Pour faire résoudre cette question préalable, le préteur donne un *præjudicium* qui se donne également *sine causa*, c'est-à-dire lorsque la même question se présente seule, comme question principale et indépendante de toute autre (*a*).

C'est ainsi qu'on charge un juge d'examiner si telle personne est libre ou esclave, ingénue ou affranchie, et en général de décider les contestations relatives à l'état des personnes, et plusieurs autres questions ; c'est mal à propos, en effet, qu'en s'attachant aux exemples de notre texte, on limiterait aux questions d'état l'usage des *præjudicia*. Ils servent aussi dans plusieurs autres cas, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer le montant d'une dot constituée, *quanta dos sit* (3).

1226. Nous trouvons ici trois *præjudicia* relatifs à l'état des personnes. Le premier, la *liberalis causa*, donne à juger si telle personne est libre ou esclave. Cette question peut être soulevée dans deux intérêts opposés, soit sur une réclamation tendante à faire décider que tel est esclave, soit au contraire sur

(1) *Gaius*, 3 *inst.* 123 ; *Theoph. hic.* — (2) *Ulp. fr.* 6, *si ingen.* V. *Alex. C.* 3 ; *Diocl. et Max. C.* 5 *et* 6, *de ordin. cognit.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 44. V. 3 *inst.* 123.

(*a*) *Ulp. fr.* 6, *si ingen.* PRÆJUDICIUM se prend quelquefois dans une acception différente, notamment dans le sens de préjugé ou présomption : *Grande præjudicium affert pro filio confessio patris* (*Ulp. fr.* 1, § 12, *de agnosc. et al.*). Il arrive souvent que la décision à rendre sur une question déciderait implicitement une autre question, qui cependant ne doit pas être ainsi préjugée ou jugée par avance. Alors le préteur, en accordant une action sur la première question, restreint son effet au cas où cette question pourrait être décidée sans rien préjuger sur la seconde, et dans ce but il ajoute à l'action une exception conçue en ces termes : *Quod præjudicium hereditati non fiat* (*Gaius*, 4 *inst.* 132 ; *Ulp. fr.* 25, § 17, *de hered. pet.*; V. *fr.* 5, § 2, *eod.*). Dans ce cas et autres semblables (*Afric. fr.* 16 *et* 18, *de except.*; V. *Nerat. fr.* 21, *eod.*), PRÆJUDICIUM prend un sens entièrement étranger au *præjudicia* de notre texte.

une réclamation tendante à faire prononcer qu'il est libre. Dans le premier cas, l'action appartient soit au maître soit à ceux qui ont sur l'esclave un droit quelconque, par exemple, un droit d'usufruit (1). Dans le second cas, l'action appartient à la personne même dont l'état est en question ; si elle ne veut pas agir, l'action sera donnée, malgré elle, à un de ses parents, et à leur défaut, à une de ses parentes, à son épouse ou même à son patron (2).

Avant Justinien, ceux dont la liberté était contestée ne figuraient point eux-mêmes dans l'instance. Soit qu'ils se trouvassent *in libertate* ou *in servitute*, ils devaient toujours être représentés par un étranger qui se constituait champion de la liberté, *assertor libertatis*, et en cette qualité soutenait le procès à ses risques et périls (3). La décision ainsi rendue entre l'*assertor* et le prétendu maître avait force de chose jugée pour la personne que cette décision déclarait libre : son état ne pouvait pas être contesté de nouveau par le même adversaire (4) ; mais, en sens inverse, ceux qu'on déclarait esclaves pouvaient encore se prétendre libres, et faire juger jusqu'à trois fois la même question. Justinien (5), en supprimant l'*assertor* et tout ce qui le concerne, a voulu que dans tous les cas la chose jugée restât immuable.

1227. On donne également un *præjudicium* sur la question de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie (6) ; et dans ce cas, comme dans le précédent, ceux dont l'état est controversé sont présumés, jusqu'à preuve contraire, avoir l'état qu'ils possèdent, c'est-à-dire dans lequel ils sont de fait à l'époque où les parties se présentent *in jus*. Celui qui, à cette époque, se trouve de bonne foi *in libertate* n'a donc pas à prouver qu'il est libre ; c'est aux adversaires à démontrer qu'il est esclave. Dans le cas contraire, celui qui se prétend libre doit le prouver (7). Pareillement, sur la question d'ingénuité, la preuve incombe au soi-disant patron ou au soi-disant ingénu, selon que ce dernier a possession d'état d'ingénu ou possession d'état d'affranchi (8).

L'état d'une personne peut être contesté, même après sa

(1) *Ulp. fr.* 8. V. *fr.* 12, § 5, *de liberal. caus.* — (2) *Ulp. et Gaius, fr.* 1, *pr.*, §§ 1 *et* 2; *fr.* 2 ; *fr.* 3, *pr.*, §§ 2 *et* 3 ; *fr.* 4 *et* 5, *eod.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 14 ; *Paul.* 5 *sent.* 1, § 5 ; *Constant. C.* 1 *et* 4, *C. Th.*, *de liberal. caus.* — (4) *Alex. C.* 4 ; *Diocl. et Max. C.* 27, *de liberal. caus.* — (5) *C.* 1, *de assert. toll.* — (6) *Text. hic ; Ulp. fr.* 6, *si ingen.* (7) *Ulp. fr.* 7, § 5 ; *fr.* 12, §§ 3 *et* 4, *de liberal. caus.* — (8) *Ulp. fr.* 14, *de probat.*

mort, non comme question principale, mais comme question préalable, de laquelle dépend la décision d'une autre question [1]. Dans ce cas même, l'état dont le défunt était en possession au moment de sa mort ne peut être contesté que pendant cinq ans [2], par ceux qui veulent lui attribuer une condition moins avantageuse ; mais ce délai n'exclut pas ceux qui réclament pour le défunt une condition plus honorable [3].

1228. Cette prohibition ne s'applique point aux autres questions qui s'élèvent sur l'état des personnes, et à l'occasion desquelles on donne aussi des *præjudicia*, par exemple pour savoir si tel est *sui juris* ou fils de famille et soumis en cette qualité à la puissance de tel autre [4] ; s'il est frère, neveu ou cousin de ceux qui ne veulent pas le reconnaître comme parent [5]; si telle femme est l'épouse de tel homme [6], et notamment si le mari de la mère est père de l'enfant. C'est dans ce but que la femme agit en certains cas contre son mari *de partu agnoscendo* [7], indépendamment du *præjudicium* qui se donne sur la question de paternité, soit à l'enfant lui-même contre le mari de sa mère, soit à ce dernier contre l'enfant [8].

1229. Dans les contestations qui s'élèvent sur l'état des personnes, l'une des parties prétend avoir, ou, en d'autres termes, revendique une qualité, et conséquemment un droit que l'adversaire conteste, comme précédemment nous avons vu l'existence d'une servitude affirmée d'une part et déniée de l'autre. On ne sera donc pas étonné que les *præjudicia* relatifs aux questions d'état soient, comme les actions confessoires et négatoires, rangés parmi les actions *in rem* [9].

En citant ici trois *præjudicia*, Justinien attribue aux deux derniers une origine prétorienne, et au premier seulement une origine civile : en effet, il dérive de la loi des Douze Tables [10]. Remarquez toutefois le mot *fere*, qui n'offre ni une leçon ni un sens bien certain.

§ XV.

1230. On appelle revendication les actions *in rem*, et con-

(1) *Diocl. et Max. C.* 13, *de liberal. caus.* — (2) *Callistr. fr.* 4, *pr. et* § 1, *ne de stat. defunct.*; *Valer. et Gall. C.* 6, *eod.* — (3) *Marcian. fr.* 1, *pr. et* § 4 ; *Hermog. fr.* 3, *eod.*; *Valer. et Gall. C.* 6, *eod.*— (4) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*; *Gordian. C.* 5, *ne de stat. def.* — (5) *Anton. C.* 2, *de ord. judic.* — (6) *Ulp. fr.* 3, § 4, *de agnosc. et alend. liber.* — (7) *Ulp. fr.* 1, § 1, *eod.* — (8) *Ulp. d. fr.* 1, § 15, *eod.* V. *fr.* 10, *de his qui sui vel alien.* — (9) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.* — (10) *Gaius*, 4 *inst.* 14 : *Pomp. fr.* 2, § 24, *de orig. jur.*

dictions les actions *in personam* dont l'*intentio* se réfère d'une manière générale aux obligations qui astreignent le défendeur à donner, ou à faire, *quibus* DARE FACERE *oportere intenditur* (1). Au premier aperçu, on pourrait croire que cette définition embrasse toutes les actions personnelles ; mais il s'en faut de beaucoup, puisque l'action personnelle s'applique aux trois espèces d'obligations, DARE, FACERE, PRÆSTARE [937] dont les deux premières se retrouvent seules dans notre texte ; et d'ailleurs il existe plusieurs autres actions personnelles dont l'*intentio* diffère totalement de celle que présente ici la condiction [1180]. Sa définition exclura donc d'abord toutes les actions *in factum;* ensuite, parmi les actions *in jus*, celles qui sont *bonæ fidei* [1246]. Ainsi, la condiction, dans l'acception la plus étendue de ce mot, ne comprendra que des actions *stricti juris*, sans les comprendre toutes.

Dans une autre acception, l'une des anciennes actions, dites actions de la loi, se nommait *condictio*, à cause du verbe *condicere*, synonyme de *denunciare*, avertir, parce que le demandeur avertissait son adversaire de se représenter, après un délai de trente jours, pour recevoir un juge. Depuis la suppression des actions de la loi, le mot *condictio*, pris dans un sens étranger à son étymologie, *abusive, non proprie*, désigne spécialement l'action personnelle dont l'*intentio* se réfère à la seule obligation de donner, DARE *oportere* (2).

1231. Il existe donc deux condictions, qui se distinguent, en partie au moins, par les notions antérieurement établies sur la stipulation certaine ou incertaine [957]. Dans le premier cas, le créancier ne soutient pas DARE FACERE, mais simplement DARE *oportere*, et alors l'action s'appelle *condictio certi*, à cause de l'objet indiqué dans l'*intentio* (*a*). Au contraire, lorsque la stipulation est incertaine, l'*intentio* embrasse tout ce que le défendeur est tenu, soit de donner, soit de faire, DARE FACERE *oportere* (*b*). C'est la condiction dite *incerti* (3), que l'on désigne communément par le nom d'action, en indiquant la cause de

(1) *Text. hic; Gaius, 4 inst.* 5. — (2) *Text. hic ; Gaius, 4 inst.* 18.— (3) *Ulp. fr.* 12, § 7, 2, *de cond. furt.; Julian. fr.* 3, *de cond. sin. caus.; Marcian. fr.* 40, § 1, *de cond. ind.*

(*a*) « *Si paret....* DECEM MILLIA DARE *oportere.* » (*Gaius, 4 inst.* 41.)
(*b*) « *Quidquid paret....* DARE FACERE *oportere.* » (*Gaius, ibid.*)

l'obligation. C'est ainsi qu'on l'oppose, sous le nom d'action *ex stipulatu* ou d'action *ex testamento*, à la *condictio certi* (1), qui, abstraction faite de l'étymologie, est la condiction proprement dite, celle que les textes appellent *condictio*, sans autre indication (2).

Lorsqu'il n'existe ni stipulation ni legs, la condiction *certi* ou *incerti*, suivant la distinction précédente, a lieu pour toute obligation résultant, soit d'une loi qui ne donne pas d'autre action (3), soit du contrat littéral, soit du MUTUUM (4), et en général de toute dation qui, n'étant pas une donation proprement dite, autorise à répéter les choses qui ont été transférées sans cause, c'est-à-dire sans but et sans motif (5), ou dans un but qui n'est pas encore rempli, *causa data, causa non secuta* (6), et même dans un but illicite et honteux, lorsque l'infraction et la turpitude existent seulement du côté de la personne qui a reçu (7).

La condiction s'intente aussi à l'occasion du dommage prévu par la loi Aquilia (8), c'est-à-dire probablement par le second chef de la loi [1144]; enfin la même action se donne encore sous le nom de condiction furtive, pour la restitution des objets volés; mais ce dernier cas fait ici l'objet d'un paragraphe spécial.

§ XIV.

1232. DARE, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois, signifie transférer la propriété. Ainsi, puisque personne ne peut acquérir ce dont il est déjà propriétaire (9), nul n'agit relativement à sa propre chose par la condiction proprement dite, *si paret* DARE *oportere*, sauf une exception admise en haine des voleurs, *odio furum* (10).

Ainsi, indépendamment de la revendication qu'il exerce contre tout détenteur, et conséquemment contre le voleur, tant que celui-ci détient, le propriétaire a la condiction contre le voleur ou ses héritiers, quoiqu'ils ne détiennent plus (11),

(1) *Pr., de verb. obl.; Gaius*, 2 *inst.* 204, 213. — (2) *Pr. et* § 1, *quib. mod. re contr.;* § 6, *de obl. quasi ex contract.; Ulp. fr.* 9, *de reb. cred.; fr.* 12, *de cond. furt.* — (3) *Paul. fr.* 1, *de cond. ex leg.* V. §§ 24 *et* 25, *h. t.* — (4) *Pr., quib. mod. re contr.* (5) *Ulp. fr.* 1, *de cond. sin. caus.* — (6) *Ulp. fr.* 1, § 1, *de cond. sin. caus.; Afric. fr.* 4, *eod.* — (7) *Ulp. d. fr.* 1, § 3, *eod.; Paul. fr.* 1, *pr.*, §§ 1 *et* 2; *fr.* 3, *de cond. ob turp. caus.* V. 1103. — (8) *Ulp. fr.* 9, § 1, *de reb. cred.* — (9) *Text. hic*, § 10, *de legat.; Gaius*, 4 *inst.* 4; *Paul. fr.* 159, *de reg. jur.* — (10) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 12, *usufr. quemadm.* — (11) *Text. hic;* § 19, *de obl. quæ ex del.*

quoique la chose ait péri [361], même par cas fortuit ou par force majeure (1); car le voleur est toujours en demeure de restituer l'objet volé (2).

DEUXIÈME DIVISION.

§ XVI.

1233. Ici se présente une division tripartite tirée du but dans lequel sont intentées les actions. Tantôt elles tendent à indemniser le demandeur en lui faisant obtenir ce dont il a été privé, ou l'équivalent, *quod ex patrimonio nobis abest* (3), sans punir le défendeur; et alors on dit, en parlant de l'action, qu'elle est donnée *rei persequendæ gratia* (4), que *rem tantum persequitur* (5), ou que *rei persecutionem continet* (6) ; car ici *res* signifie précisément *quod ex patrimonio abest* par opposition à *pœna*. Tantôt, au contraire, l'action a pour but de soumettre le défendeur à une peine pécuniaire indépendante du préjudice qu'a éprouvé le demandeur. Dans ce dernier cas, l'action est pénale (7), parce qu'elle est donnée *pœnæ persequendæ gratia*. Quelquefois on atteint l'un et l'autre but par une seule action qui se donne *tam pœnæ quam rei persequendæ causa* (8), et par cette raison s'appelle mixte (9).

§ XVII.

1234. Sont données *rei persequendæ causa* toutes les actions réelles, et parmi les actions *in personam* toutes celles qui dérivent d'un contrat (a), excepté le dépôt qui produit quelquefois une action mixte. En effet l'action *depositi*, d'après la loi des Douze Tables, avait lieu pour le double de la chose déposée; mais le droit prétorien a restreint l'action au simple pour le dépôt ordinaire, en maintenant l'action au double pour le cas

(1) *Diocl. et Max. C.* 2, *de cond. furtiv.* — (2) *Tryph. fr.* 20, *cod.* — (3) *Paul. fr.* 35, *de obl. et act.* — (4) *Text. hic.* — (5) *Gaius*, 4 *inst.* 7. — (6) *Paul. d. fr.* 35. — (7) § 1, *de perp. et temp.*; § 12, *h. t.* — (8) § 18, *h. t.* — (9) *Text. hic*; §§ 17 et 18, *h. t.*

(a) *Gaius*, 4 *inst.* 7, même lorsqu'on a stipulé une clause pénale (V. § 7, *de verb. obl.*; §§ 19 *et* 20, *de inutil. stip.*). Cette peine conventionnelle n'est véritablement qu'une appréciation faite par les contractants de l'importance qu'ils attachent à l'exécution d'une autre convention. Il ne faut donc pas confondre cette peine avec celle que l'on encourt par un délit (*Vinnius, hic*).

spécial du dépôt qu'on appelle nécessaire ou misérable, parce qu'il se fait dans un moment de trouble et d'alarme, pour soustraire certains objets aux dangers d'un incendie, d'un naufrage, etc. (1). En pareil cas, on ne reproche pas au déposant d'avoir mal placé sa confiance, puisqu'il ne choisit presque jamais son dépositaire; aussi l'infidélité de ce dernier semble-t-elle plus coupable, et s'il nie le dépôt, il est condamné au double [**1242**]. Il en est de même de ses héritiers, lorsqu'ils sont personnellement infidèles; mais lorsque l'auteur du dol est décédé, ses héritiers, tenus de son chef, le sont seulement *in simplum* (2).

§§ XVIII et XIX.

1235. Quant aux actions résultant des délits, quelques unes, et notamment la condiction furtive, tendent *ad rei persecutionem* (3) ; mais la plupart sont ou purement pénales, comme les deux actions *furti*, ou mixtes, comme l'action *vi bonorum raptorum* (*a*) et plusieurs autres (4).

§ XX.

1236. La division qui vient d'être expliquée nous a montré des actions mixtes. A leur occasion, Justinien parle ici de certaines actions *quæ mixtam causam obtinere videntur.* Elles sont donc mixtes, mais dans quel sens?

Quoique la division des actions réelles et personnelles soit épuisée, on a voulu voir ici une troisième branche de cette division bipartite, et les actions dont il s'agit ont été considérées comme mixtes, en ce sens qu'elles seraient tout à la fois réelles et personnelles. Cette explication se fonde sur Théophile et sur ces paroles de notre texte, *tam in rem quam in personam.* Ceux qui admettent l'existence d'actions tout à la fois réelles et personnelles ne peuvent trouver ici qu'une énumération insuffisante, puisque la moins douteuse des actions mixtes, s'il en

(1) *Paul.* 2 *sent.* 12, § 11 ; *Ulp. fr.* 1, §§ 1 *et* 3, *dep.* — (2) *Text. hic ; Nerat. fr.* 18, *dep.* V. § 26, *h. t.* — (3) § 19, *de obl. quæ ex del.* — (4) §§ 23 *et* 26, *h. t.*

(*a*) Plusieurs jurisconsultes, considérant cette action comme purement pénale, la déclaraient indépendante de la revendication et de la condiction, comme les actions *furti* (V. *Gaius*, 4 *inst.* 8) ; mais cette opinion n'a point prévalu (§ 19, *h. t.*)

existe dans le sens dont nous parlons, la pétition d'hérédité [1], ne s'y trouve pas; et d'ailleurs on ne pourrait lui appliquer les dernières lignes de notre texte (*in quibus tribus judiciis*, etc.). Mais il faut reconnaître que les caractères de l'action *in rem* sont incompatibles avec ceux de l'action *in personam* : tantôt en effet le demandeur soutient que son adversaire est tenu envers lui d'une obligation, tantôt au contraire sa prétention est indépendante de toute obligation, et de là une division générale des actions en deux classes, *in duo genera* [2], dont les caractères opposés ne peuvent se rencontrer dans une seule et même action. D'un autre côté, si l'on s'attache à l'*intentio* dont la rédaction est *in rem* ou *in personam*, selon qu'elle nomme ou ne nomme pas le défendeur, on reconnaîtra que ce doit toujours être l'un ou l'autre, jamais l'un et l'autre; alors aucune action ne sera tout à la fois réelle et personnelle. Il faut donc chercher une autre interprétation.

1237. Dans les cas ordinaires, on distingue un défendeur qui doit être condamné ou absous, et un demandeur qui peut ne pas réussir, mais qui dans ce cas même n'encourt aucune condamnation. Certaines actions, au contraire, autorisent le juge à condamner indistinctement l'une ou l'autre partie : on ne distingue plus, sous ce rapport, ni demandeur ni défendeur; les rôles sont confondus, et l'action, au lieu d'être donnée à un demandeur contre un défendeur, semble plutôt donnée entre plusieurs parties dont la position reste égale. C'est ce qui arrive dans les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, où le *judex* adjuge et conséquemment transmet à l'une des parties certains objets, et la condamne en retour à payer une somme déterminée [3], le tout conformément aux règles qui seront exposées plus loin [4].

Les actions qui confondent ainsi les rôles de demandeur et de défendeur sont celles qu'Ulpien [5] déclare mixtes; et comme les trois actions de notre texte figurent également dans celui d'Ulpien, on devrait interpréter l'un par l'autre, si les mots *tam in rem quam in personam* le permettaient.

Cette locution, plusieurs fois répétée dans les Institutes [6], signifie constamment que le principe ou la distinction dont on

(1) *Diocl. et Max. C.* 7, *de petit. hered.* — (2) § 1, *h. t.* — (3) *Text. hic, in fin.* — (4) §§ 4, 5 *et* 6, *de off. jud.* — (5) *Fr.* 37, § 1, *de obl. et act.* — (6) §§ 3 *et* 31, *h. t.*; *pr.*, *de perp. et temp.*

s'occupe s'applique tant aux actions réelles qu'aux actions personnelles. Prise ici dans le même sens, la même locution signifierait donc que les actions dont il s'agit, les actions mixtes d'Ulpien, les actions *in quibus uterque actor est*, se rencontrent parmi les actions réelles comme parmi les actions personnelles. Si tel était le sens de notre texte, il citerait d'abord des exemples d'actions *in rem*, et ensuite des exemples d'actions *in personam*, comme au § 31 ; mais les actions qu'il énumère sont personnelles ([1]), et non seulement on ne cite aucune action réelle qui soit mixte dans le sens d'Ulpien, mais il serait difficile d'en trouver une seule.

1238. La véritable interprétation sera celle qui, expliquant le texte dans toutes ses parties, s'appliquera aux actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, et à elles seules, puisqu'on ne peut appliquer à aucune autre action les dernières lignes du texte (*in quibus tribus judiciis*, etc.).

Ces trois actions, ainsi qu'on l'a déjà dit, confèrent au juge le double pouvoir d'adjuger les choses et de condamner les personnes; en ce sens, Ulpien, parlant de l'action *familiæ erciscundæ*, observe qu'elle embrasse deux objets distincts, les choses et les prestations, *duobus constat, rebus et præstationibus* ([2]), c'est-à-dire les choses qu'il faudra adjuger, et les prestations, ou obligations qui amèneront la condamnation des personnes. C'est dans le même sens que notre texte attribue, aux trois actions dont il s'agit, *mixtam causam*, pour indiquer qu'elles ont un double effet et donnent au juge un double pouvoir sur les choses et sur les personnes (*tam in rem quam in personam*), sur les choses qu'on lui permet d'adjuger, et sur les personnes qu'il devra condamner [1381, 1384].

TROISIÈME DIVISION.

§§ XXI et XXII.

1239. Les actions se donnent *vel in simplum*, *vel in duplum*, etc., pour obtenir une condamnation simple, double, triple ou quadruple. Double, triple ou quadruple de quoi? Où se trouve le premier terme de cette progression, qui s'arrête au quatrième sans jamais l'excéder? Cette distinction paraît tirée de la manière dont est conçue la formule (*conceptæ sunt*).

([1]) *Paul. fr.* 1, *fin. reg.*; *Justin. C.* 1, § 1, *de annal. except.* — ([2]) *Ulp. fr.* 22, § 4, *famil. ercisc.* V. *fr.* 4, § 3, *commun. div.*

Souvent, en effet, le juge examine si le défendeur doit une somme déterminée, *si paret... decem... dare oportere*, et la formule fixe le montant de la condamnation à cette même somme : *judex... decem... condemna* (1). Alors la quotité de l'*intentio* se trouve purement et simplement reproduite dans la condamnation, et l'action est *in simplum*. Il en est de même, lorsqu'au lieu de poser un chiffre, la formule charge le juge d'évaluer l'objet à l'occasion duquel on agit, *quidquid ob eam rem... dare facere oportet*, en lui ordonnant de condamner à une somme équivalente, *id judex condemna*, ou *quanti ea res erit... tantam pecuniam condemnato* (2). Mais, si le chiffre que l'*intentio* pose ou laisse à l'évaluation du juge ne doit pas être simplement reproduit dans la sentence, s'il faut le multiplier pour trouver le montant de la condamnation, alors l'action est *in duplum*, *in triplum* ou *in quadruplum*, suivant le taux du multiplicateur ou suivant le rapport mathématique qui existe entre l'*intentio* et la condamnation.

Cette division des actions ne se confond pas avec la précédente, mais s'en rapproche beaucoup. En effet, les actions qui ont pour but *rei persecutionem* sont toutes conçues *in simplum*, tandis que les actions *in duplum*, etc., se trouvent exclusivement parmi les actions pénales ou mixtes. C'est du moins ce que semblent indiquer les exemples cités ici et dans les paragraphes subséquents.

§§ XXIII, XXIV et XXV.

1240. Les actions *in duplum*, que cite Justinien, sont déjà connues. Remarquez toutefois l'action *servi corrupti* et les différents cas qu'elle embrasse.

Gaïus (3) nous a conservé, pour le *furtum conceptum* et pour le *furtum oblatum*, deux exemples d'actions *in triplum* tombées en désuétude [1132]. Il n'en resterait donc plus, si Justinien n'avait créé, tout exprès peut-être pour la placer ici, une autre action *in triplum* (*a*).

(1) *Gaius*, 4 *inst.* 86. — (2) *Gaius*, 4 *inst.* 47, 50, 51. — (3) 3 *inst.* 191.

(*a*) Elle est donnée contre ceux qui, en formant une demande, font porter dans l'exploit (*libello conventionis*) une valeur excédant celle que doit véritablement le défendeur, ce qui augmente le salaire proportionnel (*sportularum nomine*) que celui-

1241. Notre texte cite comme exemples d'actions *in quadruplum*, l'action de vol manifeste déjà connue, l'action *quod metus causa* dont il sera parlé ci-après [1243], et une action mixte prétorienne contre ceux qui se feraient payer par une personne, soit pour renoncer à un procès civil ou criminel dont ils la menaçaient *calumniæ causa*, par pur esprit de chicane et pour le seul plaisir de la tourmenter, soit pour diriger contre un tiers un procès du même genre (1).

Dans ce dernier cas, l'action n'appartient pas à celui qui a payé, mais aux personnes contre qui était dirigée la malveillance (2).

§ XXVI.

1242. Parmi les actions au double ou au quadruple, il en est dont la condamnation s'élève ainsi dans tous les cas (*omnimodo*) par sa nature même, comme l'action *servi corrupti*, et les deux actions *furti*. Quelquefois, au contraire, la condamnation ne s'élève ainsi que pour punir la dénégation du défendeur, *inficiatio* : aussi l'action se donne-t-elle au double contre ceux qui nient l'obligation, et au simple contre ceux qui l'avouent *in jure*, sauf à débattre le montant des indemnités qu'on leur demande; car alors le magistrat donne un juge pour évaluer, *non rei judicandæ sed æstimandæ* (3).

Les actions qui peuvent ainsi s'élever au double sont l'action *judicati* [1337], la *condictio certi* intentée pour une valeur déterminée en vertu d'un legs *per damnationem* (*a*), qui, dans ce

(1) § 25, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1 ; *fr.* 5, *de calumn.* V. 1369. — (2) *Ulp. fr.* 3, § 3, *eod.* — (3) *Ulp. fr.* 25, § 2, *ad. leg. aquil.*

---

ci paie aux huissiers (*viatores.... executores litium*). Dans ce cas, le demandeur est tenu de payer aux personnes contre qui la demande a été formée le triple du tort qu'il leur a causé (§§ 24 *et* 33, *in fin.*, *h. t.*; *Justin. C.* 2, § 2, *de plus pet.*).

Les huissiers qui reçoivent au delà du salaire fixé par Justinien (*C.* 4, § 2, *de sport.*) sont condamnés à payer quatre fois l'excédant (§ 25, *in fin.*, *h. t.*).

Observez que ces deux actions au triple et au quadruple, établies dans le Bas-Empire, supposent un système de procédure totalement étranger au système formulaire [1172].

(*a*) *Gaius*, 2 *inst.* 282 ; 4 *inst.* 9. Remarquez à cet égard les modifications de Justinien : 1° les legs étant tous assimilés entre eux et avec les fidéicommis [696], la condamnation s'élève au double, quelle que soit la forme employée par le défunt; mais 2° on distingue entre les légataires, pour ne doubler que les dispositions faites, *religionis vel pietatis intuitu*, aux églises, aux couvents, aux hospices et *cæteris venerabilibus locis* (§ 7, *de obl. quasi ex contr.*; § 1, *de pœn. tem. lit.*; V. *C.* 23,

cas, peut être considérée comme une sorte de sentence prononcée par le testateur contre l'héritier ; l'action *damni injuriæ* en vertu de la loi Aquilia, qui contient aussi la formule DAMNAS ESTO ([1]) ; l'action *depensi* ([2]), et l'action *depositi* dans le cas de dépôt nécessaire [1234] ; enfin l'action que l'acheteur exerce lorsqu'il a été trompé sur la contenance du terrain vendu ([3]).

§ XXVII.

1243. Dans l'action *quod metus causa*, la condamnation au quadruple n'est pas inévitable comme dans l'action de vol manifeste. Ce n'est pas même la dénégation *in jure*, qui expose le défendeur à cette condamnation ; il ne l'encourt que par sa résistance à l'*arbitrium* que le juge prononce avant de condamner, comme dans toutes les autres actions arbitraires [1257].

Le droit civil, pour les effets qu'il donne à la volonté des personnes, se contente de la volonté même, sans examiner comment elle a été déterminée. Ainsi l'homme qui, cédant à la violence, consent ce qu'il ne consentirait pas s'il était libre, agit valablement d'après le droit civil, parce qu'il s'agit de savoir s'il y a eu consentement, et non pas de savoir comment on l'a obtenu ([4]). Le droit prétorien, au contraire, s'occupe des causes de la volonté ; et lorsqu'elle a été produite par la crainte sérieuse et actuelle ([5]) que peut inspirer aux moins timides ([6]) une violence illicite ([7]) et irrésistible ([8]), le préteur refuse de sanctionner ce qui a été fait ([9]) : aussi accorde-t-il à ceux qui n'ont consenti que par crainte ou une exception dont nous parlerons plus loin [1323], ou une action qui peut être, comme nous l'avons déjà dit [1197], réelle ou personnelle. Il s'agit ici de l'action personnelle, que l'on appelle ordinairement QUOD METUS CAUSA, parce qu'elle est donnée *de eo quod metus causa factum sit* ([10]).

([1]) *Gaius, fr. 2, ad leg. aquil.* — ([2]) *Gaius, 4 inst. 9. V. 1025.* — ([3]) *Paul. 1 sent. 19.* — ([4]) *Paul. fr. 21, § 5, quod. met. caus.* — ([5]) *Ulp. fr. 5 et 9, eod.* — ([6]) *Gaius, fr. 6 ; Ulp. fr. 7, eod.* — ([7]) *Ulp. fr. 3 ; fr. 12, § 1, eod.* — ([8]) *Paul. fr. 2, eod.* — ([9]) *Ulp. fr. 1 et 3, eod.* — ([10]) *Text. hic ; §§ 25 et 31, h. t.*

---

de sacros. eccles.) ; 3° enfin, pour éviter la condamnation au double, il ne suffit plus de confesser la dette, il faut l'acquitter sans attendre les poursuites (*text. hic*).

Elle est donnée contre l'auteur de la violence, et quel qu'en soit l'auteur, contre toute personne qui en a profité, même innocente et de bonne foi. En effet, dans le trouble que causent la crainte et la violence, celui qui la subit peut ne pas en connaître l'auteur : aussi n'est-il pas tenu de le désigner (1).

1244. Cette action étant arbitraire (2), le juge ne condamne le défendeur qu'après lui avoir inutilement ordonné de restituer la chose.

Restituer, c'est, lorsqu'il s'agit d'un objet corporel aliéné, retransférer la propriété au demandeur, lui remettre tous les produits qu'il aurait pu percevoir, lui tenir compte de tous les avantages dont il avait été privé, *omnem causam* (3), et garantir (4) que la chose n'est point détériorée par le dol du défendeur [981]. Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée à son profit, le défendeur doit en faire remise à ceux qui ne se sont obligés que par crainte (5). Si au contraire la crainte a déterminé un créancier à libérer son débiteur, il faut que celui-ci paie ou s'oblige de nouveau, en donnant pour cette nouvelle obligation des fidéjusseurs non moins solvables et des gages non moins sûrs que ceux qui existaient pour la première obligation (6). C'est au quadruple des restitutions ainsi calculées d'après les pertes du demandeur (7), que son adversaire est condamné (8).

QUATRIÈME DIVISION.

§ XXX.

1245. D'après la loi des Douze Tables et la rigidité primitive du droit civil, la force obligatoire des contrats n'excédait pas les termes précis de la convention. On était tenu d'exécuter littéralement ce qu'on avait promis, *quæ lingua essent nuncupata* (9), rien au delà. Ainsi, par exemple, le débiteur d'un esclave ou d'un fonds pouvait empoisonner le premier, dégrader ou détériorer le second, et livrer la chose en cet état. Alors le débiteur était libéré, à moins que, par une stipulation dite *cautio de dolo*, il n'eût garanti au créancier qu'il n'existait et n'existerait aucun dol, *dolum malum abesse abfuturumque*

(1) *Ulp. fr.* 14, § 3, *quod. met. caus.* — (2) *Ulp. d. fr.* 14, § 4. V. § 31, *h. t.* — (3) *Ulp. fr.* 12, *quod met. caus.* — (4) *Ulp. fr.* 9, §§ 5 et 7, *eod.* — (5) *Ulp. fr.* 9, § 7; *fr.* 14, § 6, *quod. met. caus.* — (6) *Ulp. fr.* 9, § 7; *Gaius, fr.* 10, *pr.* et § 1; *Paul. fr.* 11, *eod.* — (7) *Paul. fr.* 21, § 2, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 14, §§ 1 et 4, *eod.* — (9) *Cicer.* 3 *offic.* 17.

esse [981], stipulation si rigide elle-même qu'on a douté si les mots *abesse abfuturumque*, applicables au présent et au futur, comprenaient le dol antérieur ([1]).

Une semblable rigidité rendait la fraude trop facile pour qu'on ne cherchât pas à exclure cette dernière. Les prudents apportèrent les premiers un remède partiel; ils modifièrent, dans certaines actions, l'office du juge, et voulurent qu'il statuât d'après la bonne foi; dans ce but, ils firent insérer dans l'*intentio* de la formule les mots EX FIDE BONA (*a*).

1246. De là deux classes d'actions ([2]), dont l'une comprend les actions dites *stricti juris*, parce que l'office du juge y reste resserré, comme il l'était primitivement, dans les limites du droit civil ; et l'autre des actions dites *bonæ fidei*, à cause des mots EX FIDE BONA insérés dans la formule. Alors l'action s'appelle *arbitrium*, et le juge *arbiter* [1177].

Rien n'est plus opposé à la bonne foi que la fraude et le dol ([3]). Aussi, dans les actions *bonæ fidei*, le juge doit-il apprécier le préjudice que le défendeur a causé à son adversaire par dol ou même par réticence, en lui laissant ignorer ce dont la bonne foi exigeait qu'il fût averti ([4]). Cette appréciation entre dans l'office du juge indépendamment de toute convention, et malgré la convention contraire qu'on aurait faite en contractant [1175] : ainsi la CAUTIO DE DOLO se trouve superflue ([5]).

Réciproquement le juge doit protéger le défendeur contre le dol du demandeur, indépendamment de l'exception *doli mali*, qui est sous-entendue dans les actions *bonæ fidei* ([6]).

1247. Le devoir ainsi imposé au juge d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi des parties lui donne toute liberté (*libera potestas permitti videtur*) pour fixer le montant de la condamnation d'après l'équité (*ex bono et æquo*); conséquemment, si le demandeur est lui-même tenu de quelque obligation envers le défendeur, le juge apprécie les engagements respectifs des

([1]) *Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.; Pothier*, 4 *pand.* 3, no 13.— ([2]) § 28, *h. t.*— ([3]) *Ulp. fr.* 3, § 3, *pro soc.*— ([4]) *Florent. fr.* 43, § 2, *de contrah. empt.; Ulp. fr.* 1, § 1 ; *fr.* 13, *de act. empt.* — ([5]) *Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.* — ([6]) *Ulp. fr.* 21, *solut. matr.; Julian. fr.* 84, § 5, *de legat.*, 1°.

(*a*) *Judiciis in quibus additur* EX FIDE BONA (*Cicer.* 3 *offic.* 17 ; V. *Gaius*, 4 *inst.* 47 *et* 63). On y ajoutait pour l'action *rei uxoriæ*, ÆQUIUS MELIUS; pour l'action *fiduciæ*, UT INTER BONOS BENE AGIER (*Cicer.* 3 *offic.* 15; V. *Javol. fr.* 66, § 7, *sol. matrim.*; *Procul. fr.* 82, *de solut.*).

deux parties et ne prononce la condamnation que déduction faite de ce qui est dû par le demandeur ([1]). C'est ainsi que s'opère la compensation sur laquelle nous reviendrons [1272].

L'équité veut que le débiteur, lors même qu'il est exempt de dol, répare le tort qu'il a causé par sa faute, et notamment par le retard qu'il a mis à remplir l'obligation. Aussi, dans les actions de bonne foi, le juge tient-il compte, suivant les distinctions précédemment établies [1071], des fautes commises par le défendeur, et le condamne-t-il à restituer les fruits de la chose ou les intérêts de la somme due, à compter du moment où il a été en demeure (*a*).

Si les parties, en contractant l'obligation d'où résulte une action *bonæ fidei*, y ont ajouté, dans l'intérêt de l'une ou de l'autre, des pactes, c'est-à-dire des clauses purement consensuelles, qui par elles seules ne sont pas obligatoires [1033], le juge les apprécie comme clauses intégrantes du contrat ([2]), pourvu qu'elles ne soient pas elles-mêmes contraires à la bonne foi (*b*), ou à l'essence du contrat qu'elles ne doivent pas dénaturer ([3]). A défaut de convention, le juge devra même suppléer les clauses que l'usage général ajoute ordinairement au contrat ([4]).

1248. Dans les actions *stricti juris*, tout est différent. Le juge ne cherche pas l'équité, mais le droit proprement dit, sans s'inquiéter du dol pratiqué par un des plaideurs ou par l'autre, à moins que d'une part le demandeur n'ait stipulé la *cautio de dolo* ([5]), ou que d'autre part le défendeur n'ait obtenu l'exception *doli mali*. Le juge n'apprécie qu'une seule obligation, celle du défendeur, et le condamne à payer exactement

([1]) *Text. hic; pr., de cons. obl.* — ([2]) *Ulp. fr.* 7, § 5, *de pact.* — ([3]) *Paul. fr.* 5, § 4, *de præscript. verb.; Ulp. fr.* 1, § 6, *depos.* V. *Pap. fr.* 24, *eod.* — ([4]) *Ulp. fr.* 31, § 20, *de ædil. edict.* V. 1053. — ([5]) *Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.*

(*a*) *Ulp. fr.* 34; *Marcian. fr.* 32, § 2, *de usur.* La demeure existe *ex re ipsa* par cela seul que le débiteur est en retard d'exécuter l'obligation, lorsque le créancier est mineur de vingt-cinq ans (*Diocl. et Max. C.* 3, *in quib. caus. in integr.;* V. *Paul. fr.* 87, § 1, *de legat.*, 2°). Dans tout autre cas, le débiteur doit avoir été interpellé (*Marcian. fr.* 32, *de usur.*); et alors encore il peut n'être pas *in mora*, si son retard est expliqué par des circonstances plausibles (V. *Ulp. et Paul. fr.* 21, 22, 23 *et* 24, *de usur.*). C'est donc une question de fait plutôt qu'une question de droit (*Marcian. d. fr.* 32, *eod.*).

(*b*) *Paul. fr.* 27, § 4, *de pact.* Par exemple, la convention qui d'avance affranchirait un débiteur de la responsabilité du dol qu'il pourra commettre (1078; *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*).

sa dette, sans compensation, sans égard aux pactes convenus, même en contractant. Toutefois cette rigueur a été modifiée, et, sous le règne de Septime Sévère, il était établi que le juge doit faire exécuter, parmi les pactes dont il s'agit, ceux qui tendent à diminuer l'obligation du défendeur [1].

Lorsqu'il s'agit d'une somme, le juge ne condamne point à payer les intérêts qu'on n'a pas stipulés, mais pour tout autre objet il accorde les fruits à compter de la *litis contestatio*, parce que le demandeur doit avoir *omnis causa*, c'est-à-dire tout ce qu'il aurait eu si la chose lui avait été remise à cette même époque (*a*).

1249. L'action *ex testamento* est de droit strict [2], et conséquemment le légataire n'obtenait point les intérêts [3]; mais dans la compilation justinienne, l'action des légataires est assimilée, pour les intérêts et les fruits, aux actions de bonne foi [4], précisément parce que Justinien n'admet plus aucune différence entre les legs et les fidéicommis : or, pour ces derniers, le préteur, statuant seul, décidait d'après l'équité, et accordait les intérêts ou les fruits à compter de la demeure [5]. C'est en remaniant les textes qu'on a étendu la même faveur aux légataires (*b*).

§ XXVIII.

1250. Pour faire connaître les actions *bonæ fidei*, Justi-

[1] *Paul. fr.* 4, § 3; *fr.* 17, *de pact.; Ulp. fr.* 11, § 1, *de reb. cred.* V. *Pap. fr.* 40, *eod.* — [2] *Marcian. et Paul. fr.* 5 *et* 6, *de in lit. jur.* — [3] *Gaius*, 2 *inst.* 280. — [4] *Ulp. fr.* 34, *de usur.; Diocl. et Max. C.* 3, *in quib. caus. in integr.* — [5] *Gaius*, 2 *inst.* 278, 280. V. *Paul. fr.* 14, *de usur.; fr.* 84; *Pap. fr.* 78, § 2, *de legat.*, 2°; *fr.* 8, *de usur.*

(*a*) *Paul. fr.* 31, *de reb. cred.* V. 1380. Plusieurs actions de droit strict donnent les fruits perçus avant la *litis contestatio* et même avant la demeure. Telles sont les actions tendantes à une restitution proprement dite, lorsqu'on agit pour se faire donner une chose dont on a été propriétaire; telle est notamment la *condictio indebiti* (*Paul. fr.* 38, §§ 1, 2, 4 *et* 6, *de usur.; fr.* 173, § 1, *de reg. jur.; fr.* 15; *fr.* 65, § 5, *de condict. ind.*); mais dans ce cas même le demandeur n'a pas les intérêts (*Anton. C.* 1, *de condict. ind.*). Le texte de Paul (*fr.* 35, *de usur.*), qui semble les faire courir du jour de la *litis contestatio*, concerne les intérêts stipulés qui couraient déjà et continuent de courir *lite contestata*, c'est-à-dire malgré la *litis contestatio*, ce dont on pouvait douter à cause de la novation qui s'opère alors [1312].

(*b*) V. *Paul.* 3 *sent.* 8, § 4; *fr.* 39, *de usur.* Ce dernier texte parle d'objets légués par fidéicommis, *æquis per fideicommissum legatis*. Évidemment Paul avait écrit *relictis* au lieu de *legatis*. Remarquez au surplus combien les remaniements ont été maladroits : tandis que les décisions précédentes accordent les intérêts et les fruits à compter de la demeure, un titre spécial au Code (*de usur. et fruct. legat. et fideic.*) ne les donne qu'à compter de la *litis contestatio*.

nien, comme Cicéron [1], comme Gaïus [2], emploie une énumération qui ne peut être que limitative, et cependant Cicéron, Gaïus et Justinien ne s'accordent pas exactement, ce qui tient sans doute à la différence des temps. En effet les actions *bonæ fidei* dérivent des obligations le plus fréquemment usitées, sans lesquelles l'homme vivrait à peine en société, *in quibus vitæ societas continetur* [3], et leur nombre a dû augmenter à mesure que les rapports sociaux se sont multipliés. Plusieurs actions sont ainsi devenues *bonæ fidei*, qui auparavant n'avaient pas été considérées comme telles : aussi la liste de Justinien est-elle plus nombreuse que les autres, bien qu'on n'y trouve pas l'action *fiduciæ* tombée en désuétude [955].

Si les actions *bonæ fidei* sont toutes énumérées dans notre texte, faut-il considérer celles qui n'y sont pas comprises comme étant par cela même *stricti juris?* Non certainement, puisqu'on distinguera bientôt une autre classe d'actions dites arbitraires, qui diffèrent également et des actions de droit strict, et des actions de bonne foi. Dans cette classe figurent les actions *in rem* et plusieurs actions *in personam* [4] : ainsi l'énumération de notre texte est restreinte aux actions personnelles sans les embrasser toutes. Elle ne s'applique, en effet, qu'aux actions personnelles *in jus;* car dans les actions *in factum*, le préteur n'ordonne point aux juges de statuer *ex fide bona*, sans doute parce que, ne leur soumettant pas une question de droit proprement dit, il n'a pas à craindre qu'ils statuent d'après le droit strict (*a*).

1251. Restreignant donc cette division aux actions person-

(1) 3 *offic.* 17. — (2) 4 *inst.* 62. — (3) *Cic.* 3 *offic.* 12. — (4) § 31, *h. t.*

(*a*) Comparez, dans Gaïus (4 *inst.* 47), les deux formules de l'action *depositi*, l'une *in jus*, l'autre *in factum*. Les mots *ex fide bona* ne se trouvent point dans la seconde.

Plusieurs actions pénales *in factum* laissent à l'équité du juge le soin de fixer le taux de la condamnation (*pr. et* § 1, *de obl. quæ quasi ex del.*); cependant elles ne sont point qualifiées actions de bonne foi, précisément parce qu'elles n'ont rien de commun avec les actions *in jus*, et surtout avec les actions *stricti juris;* on n'a donc jamais eu besoin d'y faire entrer la bonne foi, l'office du juge ayant toujours été réglé par l'équité et peut-être même par une équité plus large. N'est-ce pas là, en effet, ce que veut dire Ulpien (*fr.* 14, § 13, *de relig.*), lorsque, parlant de l'action *funeraria*, il donne à l'équité du juge plus de latitude encore que dans l'action *negotiorum gestorum*, et cela d'après la nature même de l'action : *solutius æquitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulgeat.*

nelles civiles ou *in jus*, nous verrons que les actions *bonæ fidei* ne résultent jamais d'aucun délit, mais des contrats ou quasi-contrats, et principalement de ceux qui produisent des obligations synallagmatiques. En effet, sont *bonæ fidei* les actions EX EMPTO et EX VENDITO, EX LOCATO et EX CONDUCTO, MANDATI, PRO SOCIO, résultant des quatre contrats consensuels; les actions DEPOSITI, COMMODATI, PIGNERATITIA, des trois contrats réels qui sont bilatéraux; tandis que le *mutuum*, la stipulation et l'obligation dite *literarum* produisent une action de droit strict. Sont également *bonæ fidei* les actions NEGOTIORUM GESTORUM, TUTELÆ, FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO, résultant de quatre quasi-contrats synallagmatiques, l'action PRÆSCRIPTIS VERBIS, du moins lorsqu'elle vient de l'échange ou du contrat estimatoire (*a*), l'action REI UXORIÆ dont s'occupe le paragraphe suivant, et enfin la pétition d'hérédité, la seule des actions *in rem* qui soit *bonæ fidei*, d'après la décision de Justinien qui tranche sur ce point d'anciennes controverses [1].

1252. La pétition d'hérédité est une action civile réelle [2], qui soumet au juge la question de savoir si telle hérédité appartient au demandeur [3]. Elle est donnée contre ceux qui ont entre leurs mains l'hérédité même ou des objets qui en dépendent, et possèdent soit PRO HEREDE, comme héritier, lorsqu'ils se croient ou du moins se prétendent héritiers, soit PRO POSSESSORE ou comme *prædo*, lorsque, sachant n'avoir aucun droit, ils possèdent sans se dire héritiers, sans rien alléguer pour justifier leur possession, si ce n'est cette possession même; *possideo quia possideo* [4]. Dans ces deux cas, il suffit au demandeur de prouver qu'il est héritier; mais cette preuve ne servirait

[1] *Paul. et Gaius, fr.* 38 *et* 39, *de hered. pet.*— [2] *Ulp. fr.* 25, § 18, *eod.*— [3] *Ulp. fr.* 9, *de except. rei jud.* — [4] *Ulp. fr.* 12; *fr.* 9; *fr.* 11, *pr. et* § 1; *fr.* 12 *et* 13, *de hered. pet.*

(*a*) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, *de æstim.* Cette action n'est-elle *bonæ fidei* que dans les deux cas spécifiés par Justinien? On ne voit pas pourquoi l'action *præscriptis verbis* n'aurait pas le même caractère dans plusieurs autres cas où elle imite une action de bonne foi, par exemple l'action de mandat ou les actions de louage (V. *Paul. fr.* 5, §§ 2 *et* 4, *de præscr. verb.*). On peut supposer sans invraisemblance que Justinien emprunte ici les paroles d'un ancien jurisconsulte qui ne donnait pas à l'action *præscriptis verbis* toute l'étendue d'application qu'elle a obtenue du temps de Papinien, Paul et Ulpien. Ce genre d'action est assez récent en effet, puisque Gaïus (3 *inst.* 143 *et seqq.*) présente comme douteuses des questions qui depuis ont été tranchées au moyen de l'action *præscriptis verbis*.

à rien contre un acheteur, contre un donataire ou tout autre possesseur qui invoque une acquisition spéciale. Aussi n'est-ce plus la pétition d'hérédité, mais la revendication qu'il faut intenter contre ces derniers ([1]).

§ XXIX.

1253. En cas de divorce ou de prédécès du mari, la dot, quelle qu'en soit l'origine, doit être restituée à la femme seule, si elle est *sui juris*, sinon à la femme et à l'ascendant dont elle dépend. En conséquence, l'action *rei uxoriæ*, qui a pour objet la restitution de la dot, est exercée dans le premier cas par la femme, dans le second par le père avec le concours de sa fille ([2]).

Lorsque le mariage se dissout par le prédécès de la femme, la dot reste au mari, sauf deux cas particuliers de restitution pour lesquels on distingue, d'après son origine, la dot profectice que la femme *sui juris* ou fille de famille tient de son père ou d'un ascendant paternel, et la dot adventice provenant de toute autre origine. La première doit être restituée à l'ascendant donateur, quand il survit ([3]), et la seconde au constituant ou à ses héritiers, mais seulement lorsque la restitution a été stipulée ([4]), ou du moins consentie par un simple pacte qui produit une action *præscriptis verbis* ([5]).

1254. La restitution de la dot, dans les cas où elle avait lieu, pouvait être poursuivie ou par une action de bonne foi dite *rei uxoriæ*, ou par une action de droit strict *ex stipulatu*. La femme ne transmettait l'action *rei uxoriæ* à ses héritiers, que lorsqu'elle avait mis le mari en demeure ([6]); et, pour agir elle-même, elle devait, en vertu d'un édit qu'on appelle *de alterutro*, renoncer aux avantages que son mari lui aurait faits par institution, par legs ou par fidéicommis. Enfin le mari, poursuivi par cette action, pouvait retenir, pour différentes causes, certaines portions de la dot ([7]). Il avait la faculté de ne payer qu'en trois ans et par tiers, *annua*, *bima*, *trima die*, les quantités ou valeurs appréciables au poids, au compte ou à la mesure ; mais les corps certains devaient être restitués immédiatement ([8]).

([1]) *Ulp. fr.* 13, § 1, *eod.; Diocl. et Max. C.* 7, *eod.* — ([2]) *Ulp.* 6 *reg.* 6; *fr.* 2, *pr. et* § 1; *Paul. fr.* 3; *Pap. fr.* 42; *Afric. fr.* 34, *solut. matrim.*— ([3]) *Ulp.* 6 *reg.* 4; *Pomp. fr.* 6; *Lab. fr.* 79, *de jur. dot.* V. *Cels. fr.* 6, *de collat. bon.*— ([4]) *Ulp.* 6 *reg.* 5. — ([5]) *Justin. C.* 1, § 13, *de rei uxor.*— ([6]) *Ulp.* 6 *reg.* 7. — ([7]) *Ulp.* 6 *reg.* 9 *et seqq.*; § 37, *h. t.* — ([8]) *Ulp.* 6 *reg.* 8.

L'action *ex stipulatu* ne pouvait résulter que d'une stipulation formelle ; cette action, plus avantageuse que la précédente, se transmettait aux héritiers du stipulant, se cumulait avec les avantages faits par le défunt à la femme survivante sans aucune application de l'édit *de alterutro*, et ne laissait au mari aucune rétention à exercer, aucun délai pour restituer.

1255. Justinien veut que, sans distinguer entre la dot adventice ou profectice, sans distinguer comment s'est dissous le mariage, l'action *ex stipulatu* soit exercée, savoir : par le mari, pour se faire payer la dot ou se faire garantir de l'éviction, et par la femme ou ses héritiers pour en obtenir la restitution, le tout en vertu d'une stipulation tacite que l'empereur sous-entend de part et d'autre (1).

En conséquence, il supprime l'action *rei uxoriæ*, transporte son caractère d'action de bonne foi à l'action *ex stipulatu*, en conservant au mari le bénéfice de compétence [1269], et fixe une année de délai pour la restitution des objets dotaux, autres que les immeubles. Ces derniers devront être immédiatement restitués (2).

1256. Pour assurer l'exécution des stipulations tacites qu'il suppose entre les époux (*a*), Justinien accorde une hypothèque au mari sur les biens de la femme, et à la femme sur les biens du mari. Il veut même que la femme soit préférée à tous autres créanciers, malgré l'antériorité de leur hypothèque sur les mêmes biens (3) ; mais ce privilége, limité au cas où la femme agit elle-même (*cum ipsa mulier... cujus solius*, etc.), ne passe point à ses héritiers, ou du moins à tous ses héritiers. Justinien (4) le refuse expressément à ceux qui ne sont pas enfants de la défunte ; et lorsque le père a été marié deux fois, l'empereur préfère les enfants de la première femme à la seconde, et conséquemment aux autres créanciers du mari (5). Faut-il,

(1) *Justin. d. C.* 1. *pr.*, §§ 1, 3, 5, 7, 8 *et* 13, *de rei uxor.* V. *Theod. C.* 7, *C. Th.*, *de testam. et codicill.* — (2) *Text. hic* ; *d. C.* 1, §§ 1, 2 *et* 7. — (3) *Text. hic*, *C.* 12, *pr. et* § 1, *qui potior.* — (4) *Nov.* 91. — (5) *C.* 12, § 1, *qui potior*, *Nov.* 81, *præfat. et cap.* 1.

(*a*) *d. C. pr. et* § 1. Cet avantage ne s'étend pas à l'étranger qui fournit la dot. Il ne peut se la faire restituer et agir à cet effet *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis* qu'en vertu d'une stipulation ou d'un pacte formel. Autrement l'action *ex stipulatu* appartient à la femme, à raison de la stipulation tacite que sous-entend Justinien (*d. C.* 1, § 13).

comme Vinnius, généraliser cette décision, en accordant aux enfants dont le père n'est pas remarié le même privilége qu'à leur mère? On peut croire avec Janus a Costa que la défaveur des secondes noces a dicté ici une disposition spéciale ; ainsi, en tout autre cas, les créanciers, s'ils ne sont pas déjà primés par l'hypothèque d'une seconde femme vivante, ne le seront point par les enfants de la femme décédée.

§§ XXXI et XXXII.

257. D'après ce qu'on a vu jusqu'ici, l'issue du litige dépend de la question posée dans l'*intentio.* Pour condamner le défendeur, il suffit que cette question soit affirmativement résolue. Il en est autrement dans les actions arbitraires : la condamnation y est soumise à une seconde condition (*a*), en sorte que le défendeur contre qui l'*intentio* est déjà vérifiée, et qui, par conséquent, perd son procès, peut encore obtenir son absolution en donnant au demandeur une satisfaction que le juge détermine EX BONO ET ÆQUO, suivant la nature de chaque affaire (*secundum cujusque rei de qua actum est naturam*), par une décision spéciale que l'on appelle ARBITRIUM. Le défendeur qui exécute cet *arbitrium* doit être absous, tandis que l'inexécution entraîne sa condamnation (*nisi arbitrio judicis... actori satisfaciat... condemnari debeat*). Ainsi, le résultat définitif de toute action, la condamnation ou l'absolution du défendeur dépend, dans les actions arbitraires, non pas seulement de l'*intentio* et de sa vérification, mais encore de l'*arbitrium* et de son exécution. C'est en ce sens que ces actions sont *ex arbitrio pendentes.*

La satisfaction, qui est ainsi déterminée par le juge, consiste souvent dans un *jussus* (1) obligatoire pour le défendeur. C'est ainsi que le juge ordonne souvent, soit dans l'action *ad exhibendum*, de représenter l'objet litigieux [1380], soit dans la revendication ou dans l'action *quod metus causa*, de le restituer

(1) *Ulp. fr.* 68, *de rei vind.; Marcian. fr.* 16, § 3, *de pignor. et hyp.*

(*a*) Par exemple, dans la revendication, *si paret fundum capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse,* NEQUE IS FUNDUS.... RESTITUETUR (*Cicer. in Verr. act.* 2, *lib.* 2, *n°* 31).

au demandeur (*veluti rem restituat vel exhibeat*); et alors le défendeur peut être contraint à l'exécution de ce *jussus* par la force publique, du moins lorsque la chose est entre ses mains [1244, 1376]. Quelquefois aussi l'*arbitrium* est purement facultatif pour le défendeur, par exemple lorsqu'il consiste à faire l'abandon noxal d'un esclave, *ex noxali causa servum dedat* (1), à donner certaines garanties [1263] ou à payer une somme d'argent (*vel solvat*).

Cette faculté laissée au défendeur d'obtenir son absolution en payant une somme que le juge détermine a lieu dans l'action hypothécaire [1203] et même dans la revendication ; car le juge ne doit pas toujours ordonner la restitution de l'objet revendiqué ; le défendeur est quelquefois autorisé à conserver la chose, en payant le prix fixé par l'*arbitrium :* en effet, *bonus judex varie ex personis et causis constituet* (2), par exemple dans le cas du tableau dont nous avons parlé précédemment [379 ; V. 366].

1258. On voit par là combien l'*arbitrium*, lors même qu'il consiste à payer une somme d'argent, diffère de la condamnation, puisqu'il est toujours déterminé *ex bono et æquo*, tandis que la condamnation prononcé contre le défendeur qui n'a point exécuté l'*arbitrium* est de droit strict : en effet, l'exception *doli mali* n'est pas sous-entendue dans les actions arbitraires, et par exemple, dans la revendication, comme elle l'est dans les actions *bonæ fidei* [1246]. Du reste, plusieurs actions arbitraires, c'est-à-dire l'action *ad exhibendum* et toutes les actions réelles ou personnelles dont l'*arbitrium* ordonne une restitution, admettent, comme les actions de bonne foi, le serment *in litem* (3); et alors le montant de la condamnation, surpassant la valeur des satisfactions ordonnées par l'*arbitrium*, devient pour le défendeur une punition sévère (4).

1259. A la différence des actions de bonne foi, qui sont toutes *in personam*, il existe des actions arbitraires réelles et d'autres personnelles (*tam in rem quam in personam inveniuntur*). Au lieu de les énumérer, Justinien se borne à citer quelques exemples, chose remarquable, du moins pour les actions réel-

(1) *Text. hic.* V. 1291.— (2) §§ 30, 32, 33 *et* 34, *de divis. rer.* — (3) *Ulp. fr.* 68, *de rei vind.; Marcian. fr.* 5, *de in lit. jur.* V. 1214. — (4) *Ulp. fr.* 1; *Paul. fr.* 2; *Marcell. fr.* 8, *eod.* V. 1424.

les ; car elles sont toutes arbitraires (*a*), et dans toutes aussi l'*arbitrium* consiste à restituer la chose. Toutefois les actions servienne et quasi servienne laissent au défendeur la faculté de restituer l'objet hypothéqué ou de le dégager en acquittant la dette ([1]). Ces actions nous offrent ainsi l'exemple d'une satisfaction donnée, comme le suppose notre texte (*vel solvat*), par un paiement.

Les actions personnelles arbitraires que cite Justinien sont l'action *quod metus causa*, déjà expliquée [1243], l'action *quod certo loco* sur laquelle nous reviendrons [1263], l'action *ad exhibendum* à laquelle sera consacré un paragraphe spécial ([2]), et l'action de dol, *de eo... quod dolo malo factum est.*

1260. Il y a dol, *dolus malus*, dans tous les cas où des ruses, supercheries ou machinations sont employées par une personne envers une autre, pour la circonvenir ou la tromper ([3]). Alors, pour que la première ne profite point de sa malice, ou que la seconde ne soit pas victime de sa simplicité, les préteurs ont introduit en faveur de celle-ci l'action *de dolo malo*, action infamante et qui, par cette raison, n'est donnée qu'en connaissance de cause, pour un intérêt non modique ([4]), à ceux qui ne peuvent se pourvoir ou se garantir par aucune autre action, par aucune autre voie ([5]). Dans l'action de dol, le juge ordonne de restituer, comme dans l'action *quod metus causa ;* mais au lieu de s'élever au quadruple, la condamnation reste simple ([6]). Une autre différence consiste en ce que l'action *de dolo* ne se donne pas contre les tiers, mais contre l'auteur du dol ([7]), ou contre ses héritiers, et jusqu'à concurrence seulement des valeurs dont ces derniers se trouveraient enrichis par le dol du défunt. Aussi l'action exercée contre eux est-elle non infamante

([1]) *Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.* — ([2]) § 3, *de offic. jud.* — ([3]) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de dol. mal.* — ([4]) *Ulp. et Paul. fr.* 9, § 5 ; *fr.* 10 *et* 11, *eod.* — ([5]) *Ulp. d. fr.* 1, *pr. et* § 4, *de dol. mal.* — ([6]) *Paul. fr.* 18, *eod.* — ([7]) *Ulp. fr.* 15, § 3, *eod.*

(*a*) Dans les exemples cités par Justinien, ne figurent ni l'action *in rem* par excellence, c'est-à-dire la revendication, ni aucune autre action réelle civile. Les premiers exemples d'actions personnelles sont également pris parmi les actions prétoriennes. N'expliquerait-on pas, jusqu'à un certain point, cette marche de notre texte, par cette supposition que les actions arbitraires tirent leur origine du droit prétorien, et que successivement le même caractère a été donné d'abord à quelques actions civiles personnelles, et ensuite aux actions civiles *in rem*.

et perpétuelle ([1]), tandis que, contre l'auteur du dol, l'action infamante ne dure qu'un an. Ce délai expiré, on n'a plus contre lui qu'une action *in factum* proprement dite, jusqu'à concurrence de ce dont il est enrichi ([2]).

Le § 32 sera expliqué avec le § 1, *de officio judicis* [1374].

§ XXXIII.

1261. Il s'agit ici de la plus-pétition, c'est-à-dire du cas où la prétention du demandeur excède ce qu'on lui doit ou ce qui lui appartient réellement, soit à raison de l'objet même pour lequel on agit (*re*), soit à raison du temps (*tempore*), lorsqu'on agit avant l'échéance du terme ou avant l'événement de la condition (*a*), soit à raison du lieu (*loco*), lorsque l'action est intentée partout ailleurs qu'au lieu fixé pour le paiement; car la somme qui se paie aujourd'hui vaut plus que la même somme payée à une époque ultérieure [1211], et d'un autre côté, la valeur des marchandises varie suivant la localité, comme le change des monnaies. Pareillement, le défendeur, soit qu'il doive alternativement tel objet ou tel autre, soit qu'il doive une chose déterminée seulement par le genre auquel elle appartient, a un choix qu'on ne doit pas lui enlever : or on le lui enlève, lorsqu'on demande précisément, soit l'un des deux objets de l'obligation alternative, soit tel cheval ou tel esclave au lieu d'un cheval ou d'un esclave indéterminément. L'excès se trouve alors dans l'objet même de l'action (*causa*); et, dans ce cas comme dans les trois autres, la plus-pétition emporte déchéance, sauf toutefois la *restitutio in integrum* que le

([1]) *Paul. fr.* 29; *Ulp. fr.* 17, § 1; *Gaius, fr.* 26, *eod.* — ([2]) *Gaius, fr.* 28, *eod.*

(*a*) *Ante diem vel conditionem*, dit le texte. Vinnius pense que l'action intentée avant l'accomplissement de la condition est considérée comme non avenue et ne soumet pas la créance aux chances du litige, précisément parce que cette créance n'existe pas encore [966]. Cependant Javolenus (*fr.* 36, *de reb. cred.*) et Julien (*fr.* 36, *de solut.*) cité par Vinnius lui-même, décident, comme notre texte, qu'en agissant avant l'accomplissement de la condition, le demandeur tombe dans le cas de la plus-pétition à raison du temps et encourt la déchéance. Toutefois les textes mêmes de Javolenus et de Julien indiquent à cet égard l'existence d'une controverse qui peut, jusqu'à un certain point, expliquer les décisions opposées (*Marcian. fr.* 13, § 5, *de pign. et hyp.*; *Paul. fr.* 43, § 9, *de ædil. edict.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 4, *quando dies ususfr.*).

droit prétorien accorde toujours aux mineurs, et rarement aux majeurs de vingt-cinq ans. Notre texte donne sur ces différents points des détails et des exemples suffisants. Cherchons seulement les motifs d'une semblable rigueur.

1262. La *condictio certi* autorise le juge à condamner le défendeur, si ce dernier doit au demandeur un objet ou une somme déterminée, *si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere*. Pareillement, dans la revendication, le défendeur ne peut être condamné qu'autant que la chose appartient au demandeur, *si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse*. Dans cette position, si le demandeur n'est reconnu créancier ou propriétaire que pour une partie seulement de ce qui est exprimé dans l'*intentio*, la condition dont la condamnation dépend n'est pas accomplie, et le juge doit nécessairement absoudre le défendeur. Ce résultat dérive de la rédaction de l'*intentio* (*si quis... in intentione plus complexus fuerit*) : aussi la même erreur commise dans toute autre partie de la formule, par exemple dans la *demonstratio*, du moins lorsqu'elle reste distincte de l'*intentio* [1217], n'entraîne-t-elle pas la même déchéance (1).

Il existe même beaucoup d'actions où la plus-pétition est impossible. Telles sont toutes les actions *incerti* dont l'*intentio* ne précise aucun objet, aucune valeur, et porte seulement *quidquid paret..... dare facere oportere* (2). Dans ce nombre figurent les actions de bonne foi. Il en est autrement des actions arbitraires, puisque la plus-pétition a lieu dans la revendication (3); et cependant il existe une action arbitraire introduite précisément pour préserver de la plus-pétition le créancier qui veut agir dans un lieu autre que celui indiqué pour le paiement (*propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur*).

1263. En règle générale, le défendeur doit être appelé *in jus*, soit dans le lieu où il a son domicile particulier (4), soit dans la ville de Rome qui est le domicile commun (5), soit dans le lieu même où il s'est obligé (6).

Lorsqu'il existe un lieu indiqué pour le paiement, le débiteur peut y être appelé *in jus* (7). Il était même dangereux de l'ap-

(1) *Gaius, 4 inst.* 53, 57, 58 *et* 60. — (2) *Gaius, 4 inst.* 41, 47 *et* 54. — (3) *Text. hic.* — (4) *Diocl. et Max. C.* 2, *de jurisd. omn. jud.*; *Theod. et Arcad. C.* 3, *ubi in rem.* — (5) *Modest. fr.* 33, *ad municipal.* — (6) *Ulp. fr.* 19, §§ 1 *et* 2 ; *Paul. fr.* 20, *de judic.* — (7) *Ulp. d. fr.* 19, § 4, *eod.*; *Julian. fr.* 21, *de obl. et act.*

peler ailleurs. A la vérité, on ne courait aucun risque pour les actions de bonne foi [1], ni même pour les actions de droit strict où il s'agit d'une obligation *ad faciendum* [2], parce qu'alors l'*intentio* est incertaine et la plus-pétition impossible [1262] ; mais lorsque l'obligation de droit strict concerne un objet certain qui doit être donné ou simplement livré dans un lieu déterminé [3], le créancier agissant partout ailleurs tomberait dans la plus-pétition. Aussi le créancier n'osait pas demander l'action contre son débiteur lorsqu'il le trouvait dans tout autre lieu que celui indiqué pour le paiement ; et dans ce lieu même, il ne pouvait guère la demander, parce que le débiteur évitait ordinairement de s'y trouver. Pour éviter cet inconvénient, le préteur a introduit, *de eo quod certo loco* DARI *oportet*, une action arbitraire qui n'expose point à la plus-pétition, et par conséquent peut être demandée sans danger dans un autre lieu que celui du paiement [4], mais toujours dans un des lieux précédemment indiqués.

Le préteur, en donnant l'action *de eo quod certo loco*, modifie la formule civile en y insérant la mention du lieu fixé pour le paiement (*a*), afin que le juge, statuant d'après l'équité [5], puisse augmenter ou diminuer la condamnation en raison de la différence des lieux, et suivant que cette différence profite au débiteur ou au créancier [6]. Considérée sous ce rapport, l'action serait arbitraire, puisque tous les textes le disent [7], mais dans un sens tout différent des autres actions arbitraires ; car on arriverait à la condamnation sans *arbitrium*. Remarquons toutefois que le défendeur contre qui l'*intentio* a été vérifiée peut encore être absous dans plusieurs cas, notamment s'il donne caution de payer au lieu indiqué [8] ; cette action est donc arbitraire dans le même sens que les autres, puisqu'elle se distingue surtout par la possibilité d'absoudre le défendeur,

(1) *Paul. fr.* 7, *de eo quod. cert. loc.* — (2) *Pap. fr.* 43, *de judic.* — (3) *Ulp. fr.* 2, § 2 ; *Paul. fr.* 5 ; *fr.* 7, § 1 ; *Pomp. fr.* 6, *de eo quod. cert. loc.* — (4) *Gaius, fr.* 1, *eod.*; *Alex. C. ubi conven. qui cert. loc.* — (5) *Ulp. fr.* 4, § 1, *de eo quod. cert. loc.* — (6) *Ulp. fr.* 2, *pr. et* § 8 ; *Gaius, fr.* 3, *eod.* — (7) §§ 31 *et* 33, *h. t.*; *Ulp. et Gaius, d. fr.* 2 *et* 3 ; *Paul. fr.* 5, 7 *et* 10, *eod.* — (8) *Ulp. fr.* 4, § 1, *eod.*

(*a*) *Ulp. fr.* 2, § 2, *de eo quod cert. loc.* De cette modification résulte une action prétorienne utile (*Gaius, fr.* 1, *eod.*), que notre texte oppose à l'action pure (*pure intendat..... pura intentione..... pura actione*) ou action civile non modifiée, *sine commemoratione illius loci.*

quoiqu'il y ait chose jugée contre lui, lorsqu'il donne au demandeur la satisfaction indiquée par le juge.

1264. Le système judiciaire ayant subi dans le Bas-Empire une révolution presque totale, la plus-pétition ne doit plus conduire aux mêmes conséquences; cependant elle est encore l'objet de plusieurs dispositions répressives. Zénon ([1]) a doublé la durée du terme pour le débiteur poursuivi avant l'échéance; Justinien ([2]) veut que, dans les autres cas, le demandeur rende au défendeur le triple de tous les dommages que celui-ci a éprouvés, spécialement le triple de l'excédant de salaire par lui payé aux *viatores* [1240].

§§ XXXIV et XXXV.

1265. En continuant à s'occuper des erreurs commises dans l'*intentio*, notre texte suppose qu'elle mentionne, soit une partie seulement de ce qui est dû ou de ce qui appartient au demandeur, soit une chose pour une autre (*aliud pro alio*) : par exemple, si le demandeur prétend qu'on lui doit, en vertu d'un testament, ce qu'on lui doit réellement en vertu d'une stipulation. Il semble d'abord que ce n'est pas là demander une chose pour une autre, puisque l'erreur porte sur l'origine et non sur l'objet de la créance. D'ailleurs une semblable erreur paraît appartenir à la *demonstratio* plutôt qu'à l'*intentio ;* cependant c'est bien de l'*intentio* que parle Gaïus ([3]). Faut-il en conclure qu'indépendamment de la *demonstratio*, l'*intentio* mentionne et met en question non seulement l'existence et l'objet de la dette, mais aussi sa cause et son origine? Oui, du moins dans l'action *ex testamento* ([4]) dont on parle ici. Dans ce cas, l'erreur sur la cause est véritablement une erreur sur l'objet, parce que l'*intentio* porte d'une manière générale *quidquid* EX TESTAMENTO *dare facere oportet*, sans rien spécifier.

Pour déterminer les conséquences de l'erreur dont on s'occupe ici, il faut distinguer si l'*intentio* est incomplète ou si elle mentionne un objet pour un autre. Dans le premier cas, le défendeur est condamné pour tout ce que porte l'*intentio.* Dans le second cas, il doit être absous; mais comme le demandeur a

([1]) *C.* 1, *de plus petit.* — ([2]) *Text. hic*; *C.* 2, *pr. et* § 2, *eod.* — ([3]) 4 *inst.* 55. — ([4]) *Gaius*, 2 *inst.* 213.

laissé en dehors du litige tout ce qui ne figure pas dans son *intentio*, il agira de nouveau, soit pour le surplus, sans craindre l'exception de la chose jugée (*a*), soit pour un autre objet, sans craindre aucune exception.

1266. Justinien, qui emprunte les expressions de Gaïus, leur donne un autre sens. Ces mots, *sine periculo... nihil periclitari*, signifient que le demandeur n'a pas besoin d'exercer une seconde action : l'erreur pouvant être corrigée *eodem judicio*, le juge prononce comme si l'on ne s'était pas trompé sur la quantité ou sur l'objet [1]. Il en était autrement dans la procédure formulaire [2].

CINQUIÈME DIVISION.

§§ XXXVI, XXXVIII et XL.

1267. On distingue ici certaines actions, ou plutôt certains cas dans lesquels la condamnation obtenue par le demandeur reste quelquefois inférieure à sa créance. L'explication du premier exemple [3] rentrera dans celle du § 4, au titre suivant.

Le débiteur est quelquefois condamné jusqu'à concurrence seulement de ses facultés pécuniaires, *quatenus facere possit... quatenus facultates ejus patiuntur* [4], c'est-à-dire pour la totalité de la dette, si sa fortune suffit, sinon pour la somme que ses biens produiront sans rien déduire, du moins en règle générale [1268], même pour ce qu'il doit à d'autres créanciers [5].

Cette faveur, que les interprètes ont appelée *beneficium competentiæ*, est personnelle en ce sens que le débiteur ne la transmet point à ses héritiers [6]; mais il continue d'en jouir contre les héritiers du créancier décédé [7].

1268. Ce bénéfice est accordé, par commisération, au débiteur qui précédemment a fait à ses créanciers l'abandon de tout ce qu'il avait [8]. Cet abandon ou cession de biens, dont l'origine remonte à la loi Julia [9], était soumis primitivement

[1] § 34, *h. t.* V. *Zenon. C.* 1, § 3 ; *Justin. C.* 2, § 1, *de plus petit.* — [2] *Paul. fr.* 23, *de judic.*; *Javol. fr.* 18, *commun. div.* — [3] § 36, *h. t.* — [4] § 37, *h. t.* — [5] *Ulp. fr.* 16, *de re jud.* — [6] *Ulp. fr.* 12, *solut. matrim.*; *Paul. fr.* 13, *eod.*; *fr.* 23, *de re judic.* — [7] *Gaius, fr.* 27, *solut. matrim.* — [8] § 40, *h. t.* — [9] *Diocl. et Max. C.* 4, *qui bon. ced. poss.*

(*a*) Après avoir agi pour une partie, le demandeur ne pouvait, sans s'exposer à

à des solennités qui ont été supprimées. Depuis Théodose ([1]), il suffit que le débiteur manifeste sa volonté. Du reste, la cession, sans transférer la propriété aux créanciers, les autorise à vendre les biens abandonnés ([2]), et libère le débiteur jusqu'à concurrence du prix, en lui procurant, pour le surplus, l'avantage de n'être pas incarcéré ([3]). Aussi les créanciers, antérieurs ou postérieurs à la cession, conservent-ils le droit d'agir encore contre le cessionnaire, lorsque celui-ci fait une acquisition de quelque importance; et, dans ce cas même, il est condamné seulement *quatenus facere potest* ([4]).

Le même bénéfice appartient, à raison de la nature de la créance, au donateur contre qui le donataire agit par action personnelle, pour faire exécuter la donation promise ([5]). Dans ce cas, et par une faveur toute spéciale, les biens du donateur se calculent, déduction faite, 1° de ses autres dettes, et 2° de ce qui est nécessaire à son existence (*a*). Si au lieu d'une action personnelle, le donataire exerce la revendication, qui est arbitraire, le donateur n'est condamné, comme tout autre possesseur, que faute par lui de restituer la chose qu'il possède [1376], et alors il n'existe aucun motif pour limiter la condamnation qu'il a pu et n'a pas voulu prévenir; mais le bénéfice de compétence lui sera réservé dans l'action *judicati*, si elle est intentée ([6]).

1269. L'avantage d'être condamné seulement *quatenus facere potest* appartient, en raison des rapports qui existent ou ont existé entre le demandeur et le défendeur, savoir :

Aux ascendants poursuivis par leurs descendants; au patron et à la patronne, à leurs enfants et à leurs ascendants, lorsqu'ils sont poursuivis par l'affranchi ([7]).

Aux associés agissant entre eux *judicio societatis* ([8]). C'est du reste une question de savoir si cette décision concerne seulement la société universelle, ou toute société sans distinction ([9]).

([1]) *C.* 6, *pr. et* § 1, *eod.* V. *Marcian. fr.* 9, *de cess. bon.* — ([2]) *Diocl. et Max. d. C.* 4, *qui bon. ced. poss.*— ([3]) *Alex. C.* 1, *eod.*— ([4]) § 40, *h. t. Ulp. fr.* 4 *et* 6; *Modest. fr.* 7, *de cess. bon.* — ([5]) § 38, *h. t.; Ulp. fr.* 28, *de reg. jur.; Pomp. fr.* 30, *de re judic.*— ([6]) *Paul. fr.* 41, §§ 1 *et* 2, *eod.* — ([7]) § 38, *h. t.; Ulp. fr.* 16 *et* 17, *de re jud.; Pomp. fr.* 18, *solut. matrim.* — ([8]) § 38, *h. t.* — ([9]) *Ulp. fr.* 16, *de re jud.*

---

une exception dite *litis dividuæ*, agir pour le surplus pendant la préture du même magistrat (V. *Gaius*, 4 *inst.* 56.).

(*a*) *Paul. fr.* 19. § 1, *de re jud.* Un autre texte (*fr.* 173, *de reg. jur.*), extrait du même auteur et du même ouvrage (*lib.* 6, *ad Plautium*), accorde la seconde dé-

Au mari *sui juris* ou au père du mari fils de famille, lorsque la femme agit contre l'un ou l'autre pour la restitution de sa dot [1]; et réciproquement, à la femme poursuivie pour le paiement de la dot qu'elle a promise [2]. Son père a le même avantage, mais seulement lorsqu'il est attaqué, pour la même cause, pendant la durée du mariage [3].

Sous Antonin le Pieux, le bénéfice accordé au mari pour la restitution de la dot a été étendu à toutes les créances de la femme, et par réciprocité à toutes les créances du mari contre celle-ci [4], pourvu cependant qu'il ne s'agisse pas de délit [5].

§ XXXVII.

1270. Les répétitions dotales de la femme étaient susceptibles d'être encore diminuées par différentes rétentions que le mari, quelle que fût d'ailleurs sa fortune, pouvait exercer sur la dot [6]. Justinien ne conserve de toutes ces rétentions que celle des dépenses nécessaires [7].

Les dépenses du mari sur les objets dotaux sont, ou nécessaires, lorsqu'il y aurait faute de sa part à ne point les faire pour prévenir la perte des biens; ou utiles, lorsque sans être indispensables, elles améliorent la dot; ou voluptuaires, lorsqu'elles ornent et embellissent sans améliorer [8].

Les dépenses nécessaires diminuent la dot *ipso jure*, en ce sens que, par le seul fait de ses avances, le mari se trouve libéré d'autant [9] sur les valeurs pécuniaires dont la dot se compose en tout ou en partie. Les autres objets, au contraire, restent dotaux; mais le mari les retient jusqu'au remboursement de ses avances [10].

1271. Les dépenses utiles ne diminuent pas la dot [11]; cependant le mari, lorsqu'il n'avait point agi malgré la femme, jouissait d'un droit de rétention [12], que Justinien supprime en

(1) § 37, *h. t.; Ulp. fr.* 17, *de re jud.; fr.* 12, *solut. matrim.; Paul. fr.* 15, § 2, *eod.* — (2) *Paul. fr.* 17, § 1, *eod.* — (3) *Pomp. fr.* 22, *de re jud.; Paul. fr.* 21, *eod.; fr.* 17, *solut. matrim.* — (4) *Modest. fr.* 20, *de re jud.* — (5) *Tryphon. fr.* 52, *eod.* — (6) *Ulp.* 6 *reg.* 9 *et seqq.* — (7) *Text. hic.; C.* 1, § 5, *de rei uxor.* — (8) *Ulp.* 6 *reg.* 15, 16 *et* 17; *fr.* 1, §§ 1 *et* 3; *fr.* 14, *pr. et* § 2, *de imp. in res dot.; Paul. fr.* 2 *et* 4, *eod.; fr.* 79, *pr.*, §§ 1 *et* 2, *de verb. signif.* — (9) *Text. hic; Ulp. fr.* 5, *de impens. in res dot.* — (10) *Ulp. d. fr.* 5, *eod.; Paul. fr.* 56, § 3, *de jur. dot.* — (11) *Ulp. fr.* 7, § 1, *de impens. in res dot.* (12) *Paul. fr.* 8, *eod.; fr.* 79, § 1, *de verb. signif.*

---

duction à tous les débiteurs qui jouissent du bénéfice de compétence. Il est évident que Justinien a généralisé une exception qui n'existait dabord que pour le donateur.

lui réservant l'action de mandat ou l'action *negotiorum gestorum*, contre la femme, suivant qu'elle a connu ou ignoré les dépenses du mari [1]. Quant aux dépenses d'agrément, faites avec ou sans le consentement de la femme [2], le mari conserve le seul droit qu'il avait, celui de reprendre tout ce dont l'enlèvement serait possible et profitable [3].

§§ XXX et XXXIX.

1272. Parmi les causes qui empêchent la condamnation de s'élever au niveau de la dette, se trouve aussi la compensation.

Dans les actions *bonæ fidei*, le juge apprécie équitablement ce que les parties se doivent respectivement [1247]. Ainsi le défendeur, lorsqu'il est lui-même créancier de son adversaire, n'est condamné que pour l'excédant de sa dette sur celle du demandeur (*in reliquum*).

Cette imputation réciproque de la créance sur la dette et de la dette sur la créance, *debiti et crediti inter se contributio* [4], la compensation, en un mot, fut originairement restreinte aux obligations synallagmatiques résultant du même contrat, *ex eadem causa* [5], et par cela même exclue des actions de droit strict, qui supposent des obligations unilatérales. La compensation *ex eadem causa* se conçoit difficilement, lorsqu'on observe que les différentes obligations produites par un contrat synallagmatique ont toujours un objet différent ; que le vendeur, par exemple, doit livrer un corps certain, tandis que l'acheteur doit un prix en argent : or il est impossible de compenser la chose vendue avec le prix de la vente. Mais si l'on se rappelle que toute action, quel que soit son objet, aboutit toujours à une condamnation pécuniaire [1374], on peut comprendre que la compensation est facile à établir entre les sommes que les deux parties seraient condamnées à payer, si le juge prononçait une condamnation pour chaque obligation.

1273. Considérée sous ce rapport, la compensation *ex eadem causa* était possible et même indispensable, à l'époque où les contrats bilatéraux, qui ne produisent qu'une action directe, ne donnaient pas encore d'action *contraria*. Le commodataire

[1] C. 1, § 5, *de rei uxor.* — [2] *Ulp. fr.* 11, *de impens. in res dot.* — [3] *Ulp. fr.* 9, *eod.; Justin. d. C.* 1, § 5, *de rei uxor.* — [4] *Modest. fr.* 1, *de compens.* — [5] § 39, *h. t.; Gaius,* 4 *inst,* 61.

ou le tuteur, poursuivi par l'action directe, obtenait par voie de compensation les indemnités qui lui étaient dues : mais ces indemnités excèdent quelquefois la créance du demandeur; quelquefois aussi la chose pour laquelle s'intente l'action directe, est déjà restituée ou perdue par force majeure, et alors ceux à qui appartient cette action se gardent bien de l'intenter. En pareils cas, la compensation devient insuffisante ou même impossible ; aussi a-t-on reconnu, dans le commodat, dans la tutelle et autre cas semblables, la nécessité d'une action *contraria* (1), qui s'exerce en même temps que l'action directe ou même séparément, *etiam sine principali* (2).

La compensation *ex eadem causa* suppose que toute obligation peut se résoudre en indemnité pécuniaire ; qu'un vendeur par exemple, ou un dépositaire, au lieu d'être contraint à livrer ou à restituer la chose vendue ou déposée, sera condamné à en payer la valeur ou seulement l'excédant de cette valeur, soit sur le prix, soit sur les sommes dont il se trouve lui-même créancier. Sans nier cette conséquence, il faut remarquer qu'en s'obstinant à garder l'objet du contrat, lorsqu'il est entre leurs mains, le vendeur, le dépositaire ou toute autre personne tenue comme eux d'une action *bonæ fidei*, s'exposeraient par leur dol à une condamnation que le *jusjurandum in litem* rendrait fort grave [1214]. D'ailleurs dans le dépôt et dans les autres contrats réels bilatéraux, celui à qui la chose doit être remise peut, lorsqu'il est propriétaire, intenter la revendication, et par le *jussus* dont nous avons parlé se faire restituer la chose même [1257, 1376].

1274. Le débiteur, attaqué par une action de droit strict, était condamné pour la totalité de sa dette, sans pouvoir compenser ce que le demandeur lui devait pour toute autre cause ; mais sous Marc-Aurèle, le refus d'une semblable compensation fut considéré, de la part du demandeur, comme un dol ; et au moyen de l'exception *doli mali*, la compensation fut admise, même dans les actions de droit strict, et par conséquent, entre les obligations respectives qui ne dérivent point de la même cause (*a*).

(1) *Gaius, fr. 18, § 4, commodat.; Ulp. fr. 1, §§ 4 et 8, de contrar. tut.* — (2) *Paul. fr. 17, § 1, commod. V. Ulp. d. fr. 1, § 8, de contrar. tut.*

(*a*) V. *Janus a Costa, ad* § 39, *h. t. Schulting. ad Paul.* 2 *sent.* 5, § 3. Les mots

Justinien l'admet *ipso jure*, sans recourir à l'exception de dol, dans toutes les actions personnelles ou réelles, sauf la seule action *depositi* (*a*); mais en même temps, pour ne pas donner au défendeur un moyen trop facile de prolonger le procès le plus simple, l'empereur n'admet la compensation qu'autant qu'elle dérive d'un droit évident, *jure aperto* (1), ou en d'autres termes d'une créance liquide, *causa liquida* (2), dont l'appréciation ne doit pas retarder la solution du litige primitif. Dans tout autre cas le défendeur devra se pourvoir par action séparée.

1275. Ces décisions de Justinien ont-elles véritablement innové? Oui, répond Cujas (3), mais en ce point seulement que la compensation aura lieu dans les actions réelles. Du reste, en la refusant au dépositaire, en exigeant une créance liquide, et en permettant la compensation *ipso jure*, l'empereur, selon Cujas, n'établit rien de nouveau.

Pour éclaircir les doutes qui s'élèvent à cet égard, il faut savoir qu'avant Justinien et même avant Marc-Aurèle, il existait pour certaines personnes des règles particulières. Ainsi, l'*argentarius*, créancier et tout à la fois débiteur de Titius, devait, sans attendre que celui-ci opposât la compensation, et sous peine de plus-pétition (*b*), restreindre son *intentio* à l'excédant de sa créance sur sa dette, du moins lorsque l'une et l'autre avaient pour objet des choses de même nature, et pourvu que la dette fût exigible (4). Les décisions spéciales qui ne concernaient que l'*argentarius*, généralisées au moyen des mots, *inter omnes*, *ex omni contractu*, et probablement aussi par d'autres altérations (5), ont pu tromper Cujas, en lui faisant croire

(1) § 30, *h. t.* — (2) *C.* 14, § 1, *de compensat.* — (3) 8 *observ.* 15; 15 *observ.* 12. — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 64. — (5) *Paul. fr.* 4 *et* 21, *de compensat.*

EX EADEM CAUSA, conservés par inadvertance dans notre § 39, ont été supprimés dans le § 30 (V. *Gaius*, 4 *inst.* 61), et ne se trouvent point dans Théophile.

(*a*) *Excepta sola depositi actione* (§ 30, *h. t.;* V. *Justin. C.* 11, *depos.; C.* 14, *de comp.*). Si l'action de dépôt est seule exceptée, que veulent dire Dioclétien et Maximien (*C.* 4, *de commod.*)? que veut dire Justinien lui-même, lorsqu'il refuse la compensation à ceux qui occupent mal à propos la possession d'autrui, *possessionem alienam perperam occupantibus* (*d. C.* 14, § 2, *de comp.*)?

(*b*) La plus-pétition ne pouvait pas résulter de la compensation ordinaire, puisque cette compensation n'avait lieu *ipso jure* que dans les actions *bonæ fidei* qui n'admettent point de plus-pétition. D'un autre côté, la condamnation dans le cas de compensation reste inférieure au montant de la créance (*minus consequatur quam ei debetur*, § 39). Cette créance n'est donc pas diminuée.

qu'avant Justinien la compensation avait déjà lieu *ipso jure* dans toutes les actions, et opérait rétroactivement l'extinction réciproque de la créance et de la dette, à compter du jour où elles avaient existé simultanément.

1276. Pour prouver que le dépositaire n'a jamais pu compenser, on cite une décision de Paul [1], fondée sur ce motif qu'il faut rendre la chose même, *res ipsa reddenda est;* mais cette raison, qui d'ailleurs serait applicable à plusieurs autres cas, n'en était pas une du temps de Paul, puisque toute condamnation était pécuniaire [1374].

Relativement à la dette liquide, Cujas cite deux textes [2] très peu concluants et qui d'ailleurs ne détruisent pas ceux qui admettent la compensation de dettes non liquides ou même litigieuses [3].

[1] 2 *sent.* 12, § 12. — [2] *Scævol. fr.* 22, *de compens.; Pomp. fr.* 3, *de tut et rat.* — [3] *Gaius, fr.* 8; *Ulp. fr.* 10, *de compens.*

TITRE VII.

DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR LES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

Nous avons parlé précédemment d'une action relative au pécule des fils de famille et des esclaves. Il importe donc d'exposer des notions plus précises sur cette action et sur toutes celles qui se donnent du chef des mêmes personnes contre le père et contre le maître. Et comme on applique à peu près les mêmes règles aux obligations contractées soit par des esclaves, soit par des fils de famille, pour éviter les longueurs, nous parlerons seulement des maîtres et des esclaves. Ce que nous en dirons s'appliquera aux fils de famille et à l'ascendant qui les tient sous sa puissance; quant aux règles particulières à ces

TITULUS VII.

QUOD CUM EO CONTRACTUM EST, QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorumfamilias servorumque agitur, opus est ut de hac actione et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt : nam, si quid in his proprie

observatur, separatim ostendemus.

1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

2. Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi præposuerit et quid cum eo ejus rei gratia cui præpositus erit contractum fuerit : ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eo ejus rei causa cui præpositus erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, et si liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

3. Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria

derniers, nous les exposerons séparément.

1. Ainsi donc, lorsqu'on traite avec un esclave par ordre de son maître, le préteur promet une action pour la totalité contre ce dernier; parce qu'en contractant de cette manière, on suit la foi du maître.

2. Par la même raison, le préteur promet, pour la totalité, deux autres actions qu'on appelle, l'une exercitoire, l'autre institoire. L'action exercitoire a lieu contre le maître qui a préposé son esclave comme patron d'un navire, pour les obligations contractées par ce dernier relativement à l'objet auquel il est préposé. Cette action se nomme exercitoire, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui à qui appartiennent les bénéfices journaliers du navire. L'action institoire a lieu contre le maître qui a préposé son esclave, soit à une boutique, soit à un commerce quelconque, pour les obligations contractées par ce dernier relativement à l'objet auquel il est préposé. Cette action s'appelle institoire, parce que le préposé s'appelle *institor*. Toutefois, lorsqu'on a préposé un homme libre ou l'esclave d'autrui à un navire, à une boutique ou à tout autre commerce, le préteur donne également ces deux actions, parce qu'il y a dans ce cas le même motif d'équité.

3. Le préteur a encore introduit une autre action qu'on appelle

tributoire. En effet, lorsqu'un esclave fait avec son pécule un commerce dont le maître a connaissance, et qu'il prend des engagements relatifs à son commerce, la juridiction du préteur décide que la totalité du fonds de commerce et les bénéfices qui en proviennent seront proportionnellement distribués entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers. Et comme c'est au maître lui-même que le préteur confie la distribution, si l'un des créanciers se plaint de ce qu'on ne lui a pas attribué tout ce qu'il devait avoir, le préteur lui accorde l'action qu'on appelle tributoire.

4. On a aussi introduit une action jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs dont le maître a profité. Ainsi, quoique les esclaves contractent sans la volonté du maître, celui-ci doit, si quelque chose doit tourner à son profit, payer tout ce dont il a profité; s'il n'a profité de rien, il doit payer seulement jusqu'à concurrence du pécule. Sont considérées comme profitant au maître toutes les dépenses nécessaires faites dans son intérêt par les esclaves : par exemple, si l'argent par eux emprunté a servi à payer des créanciers, à étayer un bâtiment qui s'écroulait, à acheter soit du blé pour la maison, soit un fonds, soit tout autre objet nécessaire. Ainsi, lorsque votre esclave emprunte une somme à Titius, et emploie la moitié à payer un de

vocatur : namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.

4. Præterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus : veluti, si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quâmlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem ut puta aureis quos servus tuus a Titio

mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris vero quinque, eatenus quatenus in peculio sit : ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes : itaque judex apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino eive qui in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in hujus ipsius peculio sit : quod eo pertinet ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

vos créanciers, et dépense l'autre moitié, vous devez être condamné pour la première moitié tout entière, et pour la seconde, jusqu'à concurrence du pécule. On voit par là que, si la somme entière vous avait profité, Titius pourrait la recouvrer en totalité. En effet, bien que ce soit par une seule et même action qu'on agit jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs dont le maître a profité, cependant cette action contient deux condamnations. Ainsi, le juge, devant qui on la porte, examine d'abord ce dont le maître a profité, et il n'évalue le pécule qu'après que le maître n'a profité de rien ou n'a pas profité de la totalité. Pour évaluer le pécule, on déduit d'abord tout ce que l'esclave doit à son maître ou aux personnes soumises à la puissance de ce dernier, et le pécule se compose uniquement du surplus. Cependant on ne déduit pas ce que l'esclave doit aux personnes soumises à la puissance du maître, lorsqu'elles font elles-mêmes partie du pécule : ainsi, la dette d'un esclave envers son vicaire ne vient pas en déduction du pécule.

5. Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio

5. Au reste, ceux avec qui l'esclave contracte par ordre du maître, ceux qui ont l'action institoire ou l'action exercitoire, peuvent

aussi agir jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs dont le maître a profité. Cela ne souffre aucun doute; mais ils seraient bien fous d'abandonner une action par laquelle ils peuvent facilement obtenir tout ce qui leur est dû, pour s'engager dans les difficultés de la preuve de ce fait, que le maître a fait un profit, ou que l'esclave a un pécule suffisant pour solder la totalité de la dette. Ceux à qui appartient l'action tributoire peuvent aussi agir jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs dont le maître a profité; mais leur intérêt est d'agir tantôt par l'action tributoire, tantôt jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs dont le maître a profité. Ils ont intérêt d'agir par l'action tributoire, parce que dans cette action le maître n'a aucun privilége, c'est-à-dire, qu'au lieu de prélever ce qui lui est dû, il est assimilé aux autres créanciers; tandis que dans l'action du pécule on commence par déduire ce qui est dû au maître, et les créanciers obtiennent condamnation contre ce dernier jusqu'à concurrence du surplus. D'un autre côté, ils ont intérêt d'agir jusqu'à concurrence du pécule, parce qu'alors leur action porte sur la totalité du pécule, tandis que l'action tributoire porte seulement sur la partie que l'esclave a mise dans le commerce: or il peut n'y avoir mis qu'un tiers, un quart, ou même une très petite fraction du pécule, dont la plus grande partie consiste en

competit, de peculio deque eo quod in rem domini versum est, agere possit: sed erit stultissimus, si omissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, æque de peculio et de in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus cujus et ceteri creditores; at in actione de peculio, ante deducitur quod domino debetur, et in quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria, ejus tantum quo negotiatur: et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet: certe qui potest probare in rem domini versum

esse, de in rem verso agere debet.

6. Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligamus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt.

7. Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatus-consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate; et ei qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitæ parentium insidiabantur.

8. Illud in summa admonendi sumus, in quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter

fonds, en esclaves ou en argent placé. Les créanciers devront donc, suivant leur intérêt, choisir ou l'une ou l'autre action. Toutefois, si l'on pouvait prouver que le maître a profité de quelque chose, on devrait agir pour les valeurs dont il a profité.

6. Ce que nous avons dit de l'esclave et du maître s'applique également aux fils, fille, petit-fils ou petite-fille, ainsi qu'au père ou aïeul qui les tient sous sa puissance.

7. Une règle particulière à leur égard, est que le sénatus-consulte macédonien défend de prêter de l'argent aux personnes soumises à la puissance paternelle, et refuse toute action au prêteur, non-seulement contre les fils, fille, petit-fils ou petite-fille, soit lorsqu'ils sont encore en puissance, soit lorsque la mort du père ou l'émancipation les a rendus indépendants, mais aussi contre leur père ou aïeul, soit que celui-ci les tienne encore en sa puissance, soit qu'il les ait émancipés. Le sénat a considéré que souvent, après avoir emprunté des capitaux qu'ils consumaient en débauches, les fils de famille, accablés de dettes, attentaient à la vie de leurs ascendants.

8. Nous saurons en dernier lieu que, relativement aux obligations contractées par ordre du père ou du maître, et relativement aux valeurs dont il a profité, on peut aussi agir directement contre lui par condiction, comme si l'on

avait contracté avec lui personnellement. Lorsqu'on a contre une personne l'action exercitoire ou l'action iustitoire, on peut aussi agir directement contre elle par condiction, car c'est aussi par son ordre qu'on a contracté.

cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

EXPLICATION.

PR. et § VI.

1277. D'après le droit civil, le père de famille à qui profitent les créances de ses esclaves ou des enfants placés sous sa puissance n'est pas tenu des engagements par eux contractés [924] ; mais le droit prétorien se montre plus équitable pour les créanciers d'une personne *alieni juris*, et leur accorde plusieurs actions contre le père ou le maître de cette dernière ([1]).

Les règles établies sur cette matière sont, à peu de chose près, communes aux esclaves et aux fils de famille ; pour abréger, nous ne parlerons que des premiers, sauf à indiquer ensuite ce qui s'applique seulement aux seconds [1288].

Les créanciers qui, après avoir contracté avec un esclave, agissent contre son maître, ne sont pas toujours également favorables. Pour attribuer à chacun d'eux ce qu'il doit équitablement obtenir, le droit honoraire distingue si l'on a contracté avec l'esclave : 1° par ordre du maître ; 2° sans son ordre, mais à sa connaissance, ou 3° à son insu. Dans ce dernier cas, il distingue encore si le maître a ou n'a pas profité des valeurs reçues par l'esclave ([2]).

§ I.

1278. Ceux envers qui l'esclave s'engage, d'après l'ordre du maître, se fient véritablement à ce dernier (*fidem domini sequi videtur*). Aussi est-il tenu, pour la totalité de la dette (*in solidum*), comme si l'on avait contracté avec lui ([3]), et soumis à une action dite QUOD JUSSU, sans doute à cause des premiers mots de la formule. Il en est de même, lorsque le maître ratifie les engagements que l'esclave a pris sans ordre ([4]) ; car la ra-

([1]) V. § 10, *de action.* — ([2]) *Gaius, fr.* 1, *quod. cum eo.* — ([3]) *Ulp. fr.* 1, *quod juss.* — ([4]) *Ulp. d. fr.* 1, § 6.

tification ou approbation postérieure équivaut presque toujours au mandat (1).

§ II.

1279. Le principe est le même (*eadem ratione*) pour les esclaves à qui le maître confie la direction d'un commerce quelconque, soit en leur donnant le commandement d'un navire par lui armé, soit en les mettant à la tête de tout autre négoce, et par exemple d'une boutique (*tabernæ forte*). Toute personne qui contracte avec eux relativement aux opérations dont ils sont chargés (*a*), contracte d'après l'ordre implicite du maître (2). Aussi peut-elle agir contre lui pour la totalité de la dette, *in solidum* (3).

Dans ce cas, on obtient, contre l'armateur du navire, *exercitor*, une action dite exercitoire, et contre tout autre préposant ou commettant, à raison des engagements pris par son préposé ou commis, *institor*, l'action dite institoire. Si le commis se substitue un autre commis, ou si le commettant est lui-même *alieni juris*, l'action institoire ne sera donnée, ni contre le préposant pour les obligations contractées par le substitué, ni dans aucun cas contre le maître du préposant; mais dans l'intérêt de la navigation et en considération des avantages qui en résultent pour l'État, l'action exercitoire a lieu, soit contre l'armateur même, soit contre le maître dont il dépend, et avec la volonté duquel le navire a été armé (4), pour les engagements pris par le capitaine ou par ceux qu'il a substitués dans le commandement du navire, même à l'insu de l'armateur ou malgré sa défense (5).

1280. Les actions exercitoire et institoire ont également lieu contre ceux qui préposent l'esclave d'autrui ou même une personne libre (6). Dans ce dernier cas, le capitaine ou le commis sont de véritables mandataires : on pourrait donc s'étonner qu'après avoir contracté avec eux, on eût besoin d'une ac-

(1) *Ulp. fr.* 12, § 1, *rat. rem habit.; fr.* 12, § 4, *de solut.; fr.* 60, *de reg. jur.* — (2) § 8, *h. t.* — (3) *Text. hic; Gaius,* 4 *inst.* 71 ; *Paul.* 2 *sent.* 8, §§ 1 *et* 2. — (4) *Ulp. fr.* 1, §§ 17, 20, 21 *et* 22, *de exercit.; Paul. fr.* 6, *eod.* V. 2 *sent.* 6. — (5) *Ulp. d. fr.* 1, § 5, *eod.* — (6) *Text. hic ; Ulp. d. fr.* 1, § 4, *eod.; fr.* 7, § 1, *de instit.*

(*a*) *Ejus rei gratia.... ejus rei causa cui præpositus erit* (*text. hic*). Voyez, à cet égard, Ulpien (*fr.* 1, §§ 7, 8, 9, 10, 11 *et* 12, *de exercit.; fr.* 5, §§ 11, 12, 13, 14, 15 *et* 16, *de instit.*) et Africain (*fr.* 7, *de exercit.*).

tion prétorienne pour agir contre celui qui les a préposés, c'est-à-dire contre un mandant; mais il faut se rappeler que, d'après le droit civil, chacun contracte pour soi [1005]; que le mandataire, en exécutant le mandat, s'oblige lui-même sans obliger le mandant. Ceux qui traitent avec le premier, n'ont aucune action civile contre le second; ils ont donc besoin des actions exercitoire ou institoire pour agir contre l'armateur ou contre le préposant, lorsqu'ils ne préfèrent pas exercer, contre le capitaine ou contre le commis, l'action résultant des engagements qu'il a contractés ([1]).

L'action institoire et l'action exercitoire ne s'appliquaient d'abord qu'aux opérations de commerce. En généralisant le principe qui les a fait admettre, on a voulu que ceux qui ont traité avec le mandataire pussent, quel que soit l'objet du mandat, agir contre le mandant par l'action institoire utile, *ad exemplum institoriæ actionis* ([2]).

§ III.

1281. Les esclaves qui n'ont aucune propriété peuvent néanmoins avoir un pécule, c'est-à-dire une sorte de patrimoine ([3]), que le maître détache du sien pour donner aux esclaves la faculté de l'administrer séparément à leur propre compte ([4]), en sorte qu'ils peuvent, à raison de ce pécule, se trouver débiteurs ou créanciers de leur maître.

Si l'esclave fait avec tout ou partie de son pécule un commerce dont le maître a connaissance (*sciente domino*), le fonds et les produits de ce commerce ([5]) servent à payer ce que l'esclave doit aux étrangers à raison de son commerce ([6]), et ce qu'il doit à son maître pour une cause quelconque ([7]). Le maître fait la répartition dans laquelle il est lui-même compris, et en cas d'insuffisance, il paie aux créanciers une valeur proportionnelle au montant de leur créance. Si l'un d'eux, prétendant n'avoir reçu qu'une partie de ce qui lui revenait, se plaint de la distribution, il peut, pour le surplus, intenter contre le maître, qui toutefois ne répond que de son dol ([8]), une action qu'on appelle tributoire ([9]).

([1]) *Ulp. fr.* 1, §§ 17 *et* 24, *de exercit.* V. *fr.* 7, § 1, *de instit.* — ([2]) *Pap. fr.* 19, *de inst. act.; Ulp. fr.* 13, § 25, *de act. empt.; fr.* 10, § 5, *mandat.* — ([3]) § 10, *de action.* — ([4]) *Ulp. fr.* 5, §§ 3 *et* 4; *Pomp. fr.* 4, *de pecul.* — ([5]) *Ulp. fr.* 5, §§ 5, 11, 12, 13 *et* 14, *de tribut. act.* — ([6]) *Ulp. d. fr.* 5, § 4. — ([7]) *Ulp. d. fr.* 5, § 7. — ([8]) *Ulp. fr.* 7, §§ 2 *et* 3, *de tribut. act.* — ([9]) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 5, § 19, *eod.*

§ IV.

1282. Ceux qui contractent avec un esclave à l'insu de son maître (*sine voluntate domini*), ou même malgré lui [1], ont encore action contre ce dernier, mais seulement dans certaines limites. En effet, les esclaves emploient souvent aux affaires du maître tout ou partie des valeurs qu'ils ont reçues, par exemple, des sommes par eux empruntées. Ils font aussi des acquisitions et des dépenses nécessaires ou simplement utiles, pour lesquelles une personne libre aurait l'action *negotiorum gestorum* [2]. Dans ce cas, le maître est tenu de tout ce que ses esclaves ont ainsi employé à ses affaires ; et s'ils doivent quelque chose de plus, il en est encore tenu, mais jusqu'à concurrence seulement du pécule de chaque esclave [3].

Les créanciers dont nous parlons agissent *de peculio* et en outre *de... eo quod in rem domini versum sit* [4], ou plus brièvement, DE IN REM VERSO [5], c'est-à-dire, suivant plusieurs interprètes, par deux actions distinctes, l'une DE PECULIO, l'autre *de in rem verso ;* tandis qu'en réalité il n'existe qu'une seule action, qu'une seule formule, dont la condamnation est double, *duas habet condemnationes* [6]. En effet, lorsque les textes parlent d'une action donnée, soit *de peculio*, soit *de in rem verso*, ils n'entendent pas distinguer ou caractériser plusieurs actions, ni même une action spéciale, ayant une existence distincte de toute autre; ils indiquent seulement l'objet ou la valeur qui détermine le montant des condamnations que subit un chef de famille, lorsqu'on exerce contre lui l'action qui résulte des engagements pris par une personne soumise à sa puissance. C'est ainsi, par exemple, que l'action *negotiorum gestorum*, l'action de mandat, l'action *ex stipulatu* sont souvent intentées *de peculio* et *de in rem verso* [7], c'est-à-dire jusqu'à concurrence du pécule et des valeurs employées aux affaires du maître.

1283. Lorsqu'on agit ainsi, le juge apprécie d'abord les valeurs que l'esclave a employées aux affaires de son maître, et ne s'occupe du pécule que subsidiairement pour les valeurs qui n'ont pas reçu le même emploi. Tel est le système que Jus-

[1] *Gaius, fr.* 29, § 1, *de pecul.; Paul. fr.* 47, *eod.* — [2] *Ulp. fr.* 3, § 2, *de in rem vers.* — [3] *Text. hic ; Gaius, fr.* 1, *quod cum eo.* V. *Ulp. fr.* 3, §§ 1, 3 *et seqq., de in rem vers.* — [4] *Text. hic.* — [5] § 5, *h. t.* — [6] *Text. hic; Gaius,* 4 *inst.* 74. — [7] *Sever et Ant. C.* 1, *quod cum eo; Ulp. fr.* 3, §§ 7 *et* 10, *de pecul.*

tinien consacre ici d'après Gaïus; mais Paul et Ulpien, jurisconsultes postérieurs, considèrent les valeurs appliquées aux affaires du maître comme une dette dont celui-ci est tenu envers l'esclave, et qui augmente d'autant son pécule : en sorte qu'en agissant *de peculio*, le créancier agit par cela même *de in rem verso* ([1]).

Toutefois il importe d'agir spécialement *de in rem verso*, lorsqu'on ne peut plus agir *de peculio*, c'est-à-dire lorsque l'esclave n'a plus de pécule, lorsqu'il est mort, affranchi ou passé sous une autre puissance depuis plus d'une année utile ([2]). Alors, en effet, l'action n'existe plus *de peculio*, mais subsiste toujours *de in rem verso* ([3]); enfin, quand plusieurs créanciers agissent en même temps *de peculio*, celui d'entre eux qui a fourni les valeurs employées aux affaires du maître, doit aussi, pour éviter toute concurrence sur ces mêmes valeurs, agir explicitement *de in rem verso* ([4]).

1284. L'action tributoire suppose une distribution à laquelle le maître et certains créanciers concourent chacun au prorata de sa créance [1281], sans privilége aucun pour celui qui se présente le premier. On le paie, il est vrai, comme s'il était seul; mais alors il donne caution de restituer ce qui doit revenir aux autres créanciers s'il en survient ([5]). L'action *de peculio*, au contraire, donne à celui qui agit le premier un avantage exclusif ([6]); or le maître, s'il agissait pour ce que lui doit son esclave, agirait *de peculio* contre soi-même, ce qui est impossible; et par suite on le considère comme ayant devancé tous les autres créanciers. Aussi, lorsqu'il n'a pas d'autre moyen pour obtenir ce qui lui est dû ([7]), prélève-t-il sa propre créance (*a*).

Le père de famille, étant créancier de tout ce qui est dû aux personnes placées sous sa puissance, déduit également tout ce que l'esclave doit à ces dernières ([8]), pourvu qu'elles ne soient pas elles-mêmes comprises, en qualité d'esclaves *vicarii*, dans

([1]) *Paul. fr.* 19, *de in rem vers.* — ([2]) *Ulp. fr.* 1, *pr.*, §§ 1, 2, 3, 4, 5 *et* 6, *quando de pecul.* — ([3]) *Ulp. fr.* 1, § 1; *Paul. d. fr.* 19, *de in rem. vers.* — ([4]) *Ulp. d. fr.* 1, § 2, *eod.* — ([5]) *Ulp. fr.* 5, § 19, *de tribut.* — ([6]) *Paul. fr.* 6, *eod.* — ([7]) *Ulp. fr.* 11, §§ 6 *et* 7, *de pecul.* — ([8]) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 9, § 3, *eod.*

(*a*) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *de pecul.* Par la même raison, il prélève aussi la créance des personnes dont il doit surveiller les intérêts, comme tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé (*Ulp. d. fr.* 9, § 4; *fr.* 11, § 9; *fr.* 13 *et* 15, *eod.*).

le pécule de l'esclave *ordinarius ;* car alors leur créance appartient, comme leur personne et leur propre pécule, au pécule de leur débiteur [1].

§ V.

1285. Ceux qui pourraient agir *de peculio* et *de in rem verso,* ne peuvent pas intenter à leur choix les actions *quod jussu,* institoire ou exercitoire, qui s'appliquent à des cas spéciaux, ni même l'action tributoire, qui suppose une dette commerciale ; mais en sens inverse, le créancier à qui compéterait l'une de ces actions peut à plus forte raison agir *de peculio* et *de in rem verso,* lorsque cette action, après laquelle on ne revient point aux autres, lui offre quelque avantage [2]. Les actions *quod jussu,* institoire ou exercitoire, étant données pour la totalité de la dette, sont toujours préférables : à leur défaut, le créancier qui a fourni les valeurs employées par l'esclave aux affaires du maître doit indubitablement agir *de in rem verso ;* mais, dans le cas contraire, le choix entre l'action *de peculio* et l'action tributoire dépend de circonstances que le texte explique suffisamment.

Ajoutons seulement que l'action tributoire étant relative au commerce que l'esclave fait, pour son compte, avec tout ou partie de son pécule, et les actions institoire ou exercitoire, au commerce que l'esclave dirige pour le compte de son maître, la première ne concourt jamais avec les autres [3].

§ VIII.

1286. Le maître contre qui le préteur permet d'agir soit par les actions *quod jussu,* exercitoire ou institoire, soit *de in rem verso,* peut aussi être poursuivi directement par l'action civile que l'on nomme condiction [4]. Cette décision, qui n'admet aucun doute, n'est pas à beaucoup près sans difficulté ; car s'il existe une action civile, on ne conçoit plus pourquoi tant d'actions diverses introduites par les préteurs. Vinnius suppose que l'interprétation des prudents, consacrant plus tard les principes établis par le droit prétorien, a autorisé directement ce que les préteurs avaient permis indirectement. S'il en était ainsi, le

[1] *Text. hic ; Ulp. fr.* 17, *de pecul.*—[2] *Ulp. fr.* 4, § 5, *quod cum eo ; fr.* 9, § 1, *de trib.* — [3] *Ulp. fr.* 11, § 7, *de instit. act.* — [4] *Text. hic ; Ulp. fr.* 9, § 2 ; *Paul. fr.* 29, *de reb. cred.; fr.* 17, §§ 4 et 5, *d. instit. act.*

texte devrait accorder contre le maître toutes les actions résultant des engagements pris par ses esclaves ; mais on ne donne que la condiction, et encore on la restreint à deux cas, savoir, lorsqu'on a traité avec eux par ordre du maître, et lorsqu'on leur a fourni les valeurs qu'ils ont employées aux affaires de celui-ci. En effet, pour avoir la condiction contre une personne, il n'est pas nécessaire que je contracte avec elle ; il suffit qu'elle se trouve enrichie à mes dépens ou que ma chose passe dans son patrimoine ([1]). Ce principe explique suffisamment le second cas ; quant au premier, il faut remarquer qu'en contractant avec une personne, par ordre d'une autre, on ne contracte pas avec cette dernière, mais cependant c'est à elle qu'on se fie. Celui qui contracte avec les esclaves par ordre du maître *fidem domini sequi videtur* ([2]) ; il y a donc, à l'égard de ce dernier, RES CREDITA ([3]), et dès lors on ne doit plus s'étonner de trouver ici la condiction. Elle paraît toutefois n'y être arrivée que progressivement, par l'extension que les jurisconsultes lui ont donnée en généralisant son principe (*a*).

§ VI.

1287. Tout ce qu'on a dit jusqu'ici des esclaves et de leur maître, s'applique aux fils de famille et à l'ascendant sous la puissance duquel ils se trouvent ([4]), sauf les différences suivantes.

Le maître est tenu, dans les limites ci-dessus exposées, de tous les engagements que l'esclave a pris relativement à son pécule ; mais lorsque celui-ci s'oblige pour autrui, soit par mandat, soit par fidéjussion, ou de toute autre manière, il n'en résulte aucune action contre le maître ([5]). Cette distinction ne s'applique point aux fils de famille ([6]).

([1]) *Afric. fr.* 23 ; *Cels. fr.* 32, *de reb. cred.* — ([2]) § 1, *h. t.* — ([3]) *Ulp. fr.* 1, *de reb. cred.* — ([4]) *Text. hic* ; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de tribut. act.* ; *fr.* 1, § 5, *de pecul.* — ([5]) *Ulp. fr.* 3, §§ 5 *et* 6 ; *Paul. fr.* 47, § 1, *eod.* ; *Julian. fr.* 19 ; *Javol. fr.* 20, *de fidej.* — ([6]) *Ulp. fr.* 3, § 9, *de pecul.*

(*a*) Julien (*fr.* 33, *de condict. ind.*) la refuse entre les personnes qui n'ont pas traité ensemble, *quia nullum negotium inter nos contraheretur*. Le même motif, *si quidem nullum negotium mecum contraxisti*, fait hésiter Celsus (*fr.* 32, *de reb. cred.*) ; mais il passe outre et accorde la condiction refusée par Julien. Plus tard, Africain (*fr.* 23, *eod.*), Ulpien (*fr.* 6, § 2, *eod.*) et Paul (*fr.* 29, *eod.* ; *fr.* 17, §§ 4 *et* 5, *de inst. act.*) l'accordent sans hésiter.

§ VII.

1288. Réciproquement, il est défendu de faire aux fils de famille aucun prêt d'argent (*mutuas pecunias dari*) sans le consentement de l'ascendant à la puissance duquel ils sont soumis [1].

Dans ce cas, le sénatus-consulte macédonien (*a*), qui ne s'applique point aux esclaves [2], veut que toute action soit refusée, tant contre le fils que contre le père de famille au créancier qui a su ou a pu savoir que l'emprunteur n'était pas *sui juris* [3].

[1] *Paul. fr.* 12, *de sc. maced.* — [2] *Diocl. et Max. C.* 7, *quod cum eo.* — [3] *Ulp. fr.* 3, *pr. et* § 2, *de sc. maced.*

(*a*) Rendu, selon Tacite (11 *Annal.* 13), sous le règne de Claude, en 779, et selon Suétone (*Vesp.* 11), sous le règne de Vespasien. On suppose que ce sénatus-consulte a été porté sous le premier de ces deux règnes et renouvelé sous le second. Voyez Ev. Otton (*hic*) et Pothier (14 *Pand.* 6, n° 1.)

On ne sait pas précisément si le *Macedo*, qui a donné son nom au sénatus-consulte, était un usurier fameux, ou un fils de famille perdu de débauche, accablé de dettes et parricide, comme le dit Théophile. Les termes du sénatus-consulte (V. *Ulp. fr.* 1, *de sc. maced.*) favorisent la première opinion qui est généralement adoptée.

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

1. Noxa autem est corpus quod nocuit, id est, servus; noxia, ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

2. Summa autem ratione

TITRE VIII.

DES ACTIONS NOXALES.

Les délits d'un esclave, soit qu'il ait commis un vol, ravi des biens, causé un dommage ou fait une injure, donnent lieu aux actions noxales, qui laissent au maître condamné la faculté, ou de payer le montant du litige, ou de faire abandon noxal de l'esclave.

1. *Noxa* est l'auteur du fait nuisible, c'est-à-dire l'esclave; *noxia* est le délit même, c'est-à-dire le vol, le dommage, l'enlèvement par force, l'injure.

2. C'est avec grande raison

qu'on a permis l'abandon noxal; car il serait contraire à l'équité que les vices de l'esclave fissent perdre au maître autre chose que l'esclave même.

permissum est noxæ deditione defungi; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

3. Le maître poursuivi du chef de son esclave par une action noxale se libère en faisant au demandeur abandon noxal de cet esclave, et alors la propriété en est transférée à perpétuité. Cependant l'esclave qui se procure de l'argent et indemnise le maître auquel il a été abandonné, doit être affranchi, malgré ce dernier, par l'intervention du préteur [1].

3. Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur, nec minus in perpetuum ejus dominium a domino transfertur : sin autem damnum ei cui deditus est, servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur [1].

4. Les actions noxales sont établies ou par les lois, ou par l'édit du préteur : par les lois, comme l'action de vol, par la loi des Douze Tables, et l'action du dommage causé à tort, par la loi Aquilia; par l'édit du préteur, comme l'action d'injures et celle des biens enlevés par force.

4. Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus aut edicto prætoris : legibus, veluti furti lege Duodecim Tabularum, damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.

5. Toute action noxale suit le délinquant. Ainsi, les délits commis par votre esclave produiront une action contre vous tant qu'il sera sous votre puissance; s'il passe sous la puissance d'un autre, c'est contre ce dernier que l'action aura lieu. Si l'esclave est affranchi, on agit contre lui directement, et l'abandon noxal n'a plus lieu. Réciproquement, une

5. Omnis autem noxalis actio caput sequitur : nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio

(1) Celui à qui l'on a fait abandon noxal d'une personne libre est forcé par le préteur d'affranchir cette personne lorsque les acquisitions qu'il a faites par elle égalent le montant du dommage; mais il n'est pas soumis à l'action de fiducie.

(1) PAPINIANUS, LIBRO DEFINITIONUM SECUNDO. Per hominem liberum noxæ deditum, si tantum adquisitum sit quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit; sed fiduciæ judicio non tenetur. *Collat. leg. M. et R. II*, 3.

noxalis esse incipit : nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse cœperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio quæ antea directa fuisset.

action directe peut aussi devenir noxale : en effet, lorsqu'un homme libre commet un délit et devient votre esclave (ce qui arrive en plusieurs cas, dont nous avons parlé au premier livre), on a contre vous une action noxale qui auparavant était directe.

6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur : namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest; ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde, si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse cœperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes : quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

6. Le délit commis par un esclave envers son maître ne produit aucune action, car aucune obligation ne peut se former entre un maître et son esclave; et si le délinquant change de maître ou est affranchi, on ne peut agir ni contre lui ni contre son nouveau maître. Conséquemment, si l'esclave d'autrui commet un délit envers vous et passe sous votre puissance, l'action s'éteint, parce qu'elle est devenue impossible dans la position actuelle des parties; et quand même cet esclave sortirait de votre puissance, vous ne pourriez pas agir. Réciproquement, le délit commis par un maître envers son esclave ne donne aucune action à ce dernier, même lorsqu'il est affranchi ou aliéné.

7. Sed veteres quidem hæc et in filiisfamilias masculis et feminis admisere.

7. Les anciens appliquaient les mêmes règles aux fils de famille de l'un et de l'autre sexe.

Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per

Mais la nouvelle doctrine qui régit les hommes repousse avec raison une semblable rigueur, et l'usage en a entièrement cessé. Quel père, en effet, voudrait faire abandon noxal de son fils et surtout de sa fille? Le père n'aurait-il pas alors

plus à souffrir que le fils ; à l'égard des filles, la décence ne vient-elle pas encore prohiber un pareil abandon ? Aussi a-t-on restreint les actions noxales aux délits des esclaves ; et, en effet, les anciens fondateurs de nos lois disent fréquemment qu'un fils de famille peut être poursuivi directement, à l'occasion de son délit.

corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit ? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

EXPLICATION.

1289. On s'est occupé dans le titre précédent des obligations contractées par une personne *alieni juris*, et des actions qui en résultent contre le père de famille ; car en accordant à une personne *alieni juris* l'administration d'un pécule, il a dû prévoir qu'elle prendrait, en contractant, des engagements licites : aussi en est-il tenu, du moins jusqu'à concurrence du pécule. Le père de famille est également tenu *de peculio*, pour les obligations formées *quasi ex contractu*, par exemple à l'occasion du serment qu'un fils de famille a déféré (1) et des tutelles ou curatelles qu'il a gérées (2). L'action *judicati* se donne aussi *de peculio*, parce que le *judicium*, quelle que soit l'action intentée, oblige les contendants comme les obligerait un contrat proprement dit (3) ; mais le père de famille qui donne un pécule à ses enfants ou à ses esclaves, ne doit pas supposer que son administration deviendra pour eux l'occasion d'un méfait ou d'un délit quelconque. Aussi les actions qui résultent d'une semblable cause ne se donnent-elles pas *de peculio*, du moins en règle générale ; car si le père de famille avait profité du fait, on donnerait contre lui, *de peculio*, et seulement pour les valeurs dont il a profité, les actions *rei persecutoriæ* qui résultent du délit, notamment la condiction furtive (4).

Quant aux actions pénales, on ne les exerce pas *de peculio* (5) ; mais on les donne, dans un tout autre but, contre le père ou le maître du délinquant [1289], et alors on les nomme noxales.

(1) *Ulp. fr.* 5, § 2, *de pecul.* — (2) *Sever. et Anton. C.* 1, *quod cum eo.* — (3) *Ulp. fr.* 3, § 11, *de pecul.* — (4) *Ulp. fr.* 3, § 12, *eod.* V. *fr.* 4, *de condict. furt.*; *fr.* 16, *de vi et vi armat.*; *Paul. fr.* 3, § 4, *rer. amot.* — (5) *Ulp. fr.* 58, *de reg. jur.*

§§ I et IV.

1290. Cette dénomination vient des mots NOXA et NOXIA. Le premier désigne l'auteur du délit, et le second indique le délit même, *ipsum maleficium* (1), quoique NOXA se prenne souvent pour NOXIA (2), notamment dans la maxime NOXA CAPUT SEQUITUR (3).

L'origine des actions noxales, telle qu'elle est indiquée dans le § 4, n'exige aucune explication.

PR. et § II.

1291. En soumettant le maître aux actions noxales, la loi des Douze Tables a voulu qu'il perdît seulement la valeur de l'esclave délinquant (4), et qu'il ne perdît pas même cette valeur lorsqu'elle excède le montant du dommage. Aussi l'action noxale, et la sentence même qui en résulte, laissent-elles au maître la faculté de se libérer, soit en payant le montant de la condamnation (*litis æstimationem*), soit en abandonnant l'esclave délinquant au demandeur (5).

Le même abandon, fait *in jure* avant la *litis contestatio*, empêche l'action noxale d'être accordée (6), et devant le juge il amène l'absolution du défendeur. En effet, nous voyons d'une part que ce dernier doit être condamné lorsqu'il ne fait pas l'abandon *arbitrio judicis* (7), et d'autre part, que ce même *arbitrium*, lorsqu'il est exécuté ou du moins lorsque l'exécution ne dépend pas du défendeur, conduit à son absolution (*a*).

1292. La faculté de se libérer par l'abandon noxal n'existe pas pour ceux qui prétendent faussement n'avoir pas en leur puissance l'esclave délinquant. Ils sont purement et simplement soumis à l'action résultant du délit (8). Il en est de même de ceux qui ont toléré le fait dont ils ont eu connaissance et qu'ils pouvaient empêcher (9).

(1) § 1, *h. t.; Ulp. fr.* 1, *si quadrup. paup.; Gaius, fr.* 238, § 3, *de verb. signif.* — (2) *Gaius, fr.* 1; *Callistr. fr.* 33, *h. t.; Pomp. fr.* 45, § 1, *de legat.*, 1°. — (3) § 3, *h. t.; Ulp. fr.* 1, § 12, *si quadrup. paup.* — (4) § 2, *h. t.; Gaius,* 4 *inst.* 75. — (5) *Pr. et* § 3, *h. t.; Gaius,* 4 *inst.* 75 *fr.* 1, *h. t.* V. *pr., de offic. jud.* — (6) *Ulp. fr.* 21; *Gaius, fr.* 29, *h. t.* — (7) § 31, *de action.* — (8) *Paul. fr.* 2, § 1, *si ex noxal. caus.* — (9) *Ulp. fr.* 2, § 3; *fr.* 3; *Paul. fr.* 4, *h. t.; Diocl. et Max. C.* 4, *eod.*

(*a*) *Paul. fr.* 19; *Ulp. fr.* 14, § 1, *h. t.* Le texte de Paul s'applique à l'action de la loi Aquilia qui, par elle-même, n'est pas arbitraire. Cela prouve que les

§ III.

1293. L'abandon noxal emporte aliénation définitive de l'esclave, et cependant celui-ci, chose remarquable, peut obtenir sa liberté par le secours du préteur, et malgré son nouveau maître, lorsqu'il se procure assez d'argent pour réparer le dommage qu'il a causé. Cette décision de notre texte n'est reproduite dans aucun autre ; on peut y voir une innovation de Justinien, modifiant, pour l'appliquer aux esclaves, un principe que l'ancien droit appliquait aux fils de famille [1296].

Le demandeur à qui l'esclave est abandonné en devient propriétaire ; mais par quel moyen? Par la mancipation, qui transfère le domaine quiritaire. Gaïus (1) l'indique suffisamment, et les textes par lesquels on croit prouver que le demandeur a simplement l'esclave *in bonis* (2) ne s'appliquent point à l'esclave *noxæ deditus*, mais à celui que le demandeur emmène (*ducit*), par ordre du préteur, en l'absence du maître et lorsque personne ne se présente à la défense.

§ V.

1294. L'action noxale se donne contre le maître actuel, sans examiner à quel maître appartenait le délinquant, ou même s'il était esclave à l'époque du délit (3). Le principe NOXA CAPUT SEQUITUR, et les conséquences que notre texte en déduit, n'ont pas besoin d'explication.

Si le maître est soumis à l'action noxale, c'est moins comme propriétaire que comme possesseur de l'esclave qu'il a *in potestate*, en ce sens qu'il a de fait la possibilité de le représenter (4). Aussi le maître n'est-il pas soumis à l'action noxale, lorsque son esclave est en fuite (5) ou possédé *opinione dominii* par un étranger. Dans ce cas, l'action noxale se donne contre le possesseur (6).

Remarquez dans quel sens notre texte oppose l'action direc-

(1) 4 *inst.* 79. — (2) *Paul. fr.* 26, § 6, *h. t.; fr.* 2, § 1, *si ex noxal.* — (3) *Ulp. fr.* 7 *et* 36 ; *fr.* 38, § 1, *h. t.* — (4) *Paul. fr.* 22, *pr.*, §§ 2 *et* 3, *h. t.* — (5) *Paul.* 2 *sent.* 31, § 37 ; *Ulp. fr.* 21, § 3, *h. t.* — (6) *Ulp. fr.* 11 ; *Gaius, fr.* 13 ; *Paul. d. fr.* 22, *h. t.*

actions noxales sont toujours arbitraires, et non pas seulement, comme le prétendent plusieurs auteurs anciens et modernes, lorsqu'on intente l'action de dol, l'action *quod metus causa*, ou toute autre action qui de sa nature est arbitraire.

te, qui s'exerce contre une personne à raison de son propre fait, à l'action noxale qui poursuit une personne pour le fait d'autrui.

§ VI.

1295. Les contrats ne produisent entre le maître et l'esclave aucune obligation proprement dite, et conséquemment aucune action [999]. Le même principe s'applique aux délits commis par le maître envers ses esclaves ou par les esclaves envers le maître. Il n'en résulte aucune action lors même que les esclaves sont aliénés ou affranchis, et l'action résultant d'un délit commis par un homme libre ou par l'esclave d'autrui envers un étranger s'éteint lorsque celui-ci devient leur maître. Dans ce dernier cas, les Proculéiens voulaient que l'action fût seulement assoupie, pour reprendre sa force plus tard, si le délinquant obtenait sa liberté ou passait sous la puissance d'un autre maître. Les Sabiniens, dont Justinien adopte ici l'opinion, considéraient l'action comme définitivement éteinte [1].

§ VII.

1296. Tout ce qu'on dit des esclaves s'appliquait primitivement aux fils de famille de l'un ou de l'autre sexe [2], sauf qu'ils ne devenaient point esclaves du demandeur. La mancipation par laquelle s'opérait l'abandon noxal les plaçait *in mancipio*, et l'*emptor* n'était forcé de les affranchir que lorqu'ils lui avaient procuré, par leurs acquisitions, l'équivalent du tort par eux causé (*a*).

L'abandon noxal du fils de famille, contraire à l'esprit du christianisme (*nova hominum conversatio*), était inusité dans le Bas-Empire, lorsqu'il fut aboli par Justinien. A défaut d'action noxale, on a dû agir comme on agissait quelquefois dans l'ancien droit, c'est-à-dire, en exerçant contre les fils de famille, l'action résultant de leur délit, ensuite contre le père l'action *de peculio* pour le montant des condamnations prononcées contre le fils [3]. L'esclave, au contraire, ne pouvait être poursuivi qu'après son affranchissement [4].

(1) *Text. hic.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 78. — (2) *Gaius*, 4 *inst.* 75, 77, 78 *et* 79. — (3) *Julian. fr.* 34 ; *Ulp. fr.* 35, *h. t.*; *fr.* 3, § 11, *de pecul.* — (4) § 5, *h. t.*

(*a*) V. Gaius (1 *inst.* 140). V. aussi un fragment de Papinien conservé dans la comparaison des lois mosaïques (*tit.* 2, § 3) et qui se trouve en note du § 3, *h. t.*

TITRE IX.

DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN QUADRUPÈDE.

Lorsque, dans un accès de gaîté, de chaleur ou de férocité, les animaux dépourvus de raison causent quelque dégât, la loi des Douze Tables donne une action noxale; et l'abandon de ces mêmes animaux suffit pour libérer le défendeur; car ainsi le veut la loi des Douze Tables: par exemple, lorsqu'un cheval ou un bœuf ont, suivant leur habitude, porté l'un des coups de pied, l'autre des coups de cornes. Cette action concerne les animaux qui sortent de leur naturel; mais elle ne s'applique point à ceux qui sont naturellement féroces. Enfin, lorsqu'un ours s'échappe et commet un dommage, on ne peut pas attaquer son ancien maître, car en s'échappant l'animal sauvage a cessé de lui appartenir. *Pauperies* est le dommage que l'on commet sans avoir aucun tort: en effet, l'animal, qui n'a point d'intelligence, ne peut avoir tort. Voilà ce qui concerne l'action noxale.

1. Au surplus, l'édit des édiles défend de tenir un chien, un verrat, un sanglier, un ours ou un lion dans les lieux qui servent habituellement de passage. En cas de contravention, si quelque préjudice a été causé à un homme libre, le propriétaire subit la condamnation que le juge trouve équitable. Pour tout autre préju-

TITULUS IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Animalium nomine quæ ratione carent, si qua lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege Duodecim Tabularum prodita est. Quæ animalia, si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex Duodecim Tabularum scripta est: ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet: ceterum, si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quod ad noxalem pertinet actionem.

1. Ceterum sciendum est ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum et æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur; ceterarum rerum,

qanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, et de pauperie locum habebit : nunquam enim actiones, prœsertim pœnales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

dice, il est condamné au double du dommage. Outre ces actions édilitiennes, on a aussi l'action *de pauperie*, car lorsque le même fait donne lieu à plusieurs actions, et surtout à plusieurs actions pénales, l'exercice de l'une n'empêche pas l'exercice de l'autre.

EXPLICATION.

PR.

1297. La loi des Douze Tables accorde une action noxale pour le dommage que certains animaux causent sans se rendre coupables d'aucun tort, précisément parce qu'ils sont dépourvus de raison (*animal... sensu caret*). Ce dommage *sine injuria facientis datum* s'appelle *pauperies*, par opposition au dommage causé *injuria*, dont on s'est occupé ci-dessus [1142]. De là cette rubrique de notre titre, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur :* en effet, la loi n'a parlé que des quadrupèdes ; mais au moyen de l'action utile, le même principe a été appliqué aux autres animaux (1).

La loi concerne exclusivement les animaux domestiques, qui deviennent dangereux lorsqu'ils sortent des habitudes pacifiques de leur espèce, *contra naturam* (2) ; aussi l'action *de pauperie*, ne résulte-t-elle pas du fait des bêtes féroces, *si genitalis sit feritas* (3). Remarquez cependant la décision de notre texte sur le dommage causé par un ours échappé à son maître : celui-ci, dit-on, n'est pas soumis à l'action noxale, parce qu'il n'est plus propriétaire de l'animal qui a recouvré son indépendance [341]. Cette conséquence suppose que l'action noxale a lieu contre le maître d'un animal sauvage tant que dure sa propriété : en effet, il est tenu de l'action *de pauperie*, mais probablement de l'action utile.

§ I.

1298. Ce texte n'exigerait aucune explication si les derniers mots ne déclaraient, d'après Ulpien (4), que lorsqu'il existe

(1) *Paul. fr.* 4, *h. t.* — (2) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, §§ 4 *et* 7, *h. t.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, § 10, *h. t.* — (4) *Fr.* 130, *de reg. jur.*

plusieurs actions relatives au même objet, et surtout plusieurs actions pénales (*præsertim pœnales*), l'exercice de l'une n'empêche jamais l'exercice de l'autre.

Il faut savoir premièrement, et malgré l'adverbe *præsertim*, que les actions *rei persecutoriæ* ne se cumulent pas ; secondement, que les actions pénales se cumulent relativement au même objet, comme on le dit ici, lorsque chacune d'elles résulte d'un fait et conséquemment d'un délit distinct. Ainsi, le même homme voleur et meurtrier de mon esclave, sera soumis pour le vol à l'action *furti*, et pour le meurtre à l'action de la loi Aquilia [1]. Quant aux différentes actions pénales qui résultent du même fait, l'exercice de la plus sévère éteint toutes les autres : tandis, au contraire, que l'exercice de l'action la moins sévère, par exemple, de l'action *furti nec manifesti* contre le ravisseur, permet d'exercer encore une autre action, c'est-à-dire, dans l'espèce, l'action *vi bonorum raptorum*, mais seulement pour ce qu'elle contient de plus que l'autre [2].

[1] *Ulp. fr.* 2, *pr.* §§ 1, 2, 3, 4, 5 *et* 6, *de priv. del.* — [2] *Paul. fr.* 1, *vi bon. rapt.*; *fr.* 41, § 1, *de obl. et act.* V. *Cujac.* 8 *observ.* 24.

TITRE X.

DES PERSONNES PAR QUI NOUS POUVONS AGIR.

Nous saurons maintenant que chacun peut agir, ou en son propre nom, ou au nom d'autrui : au nom d'autrui, c'est-à-dire en qualité de procureur, de tuteur ou de curateur; tandis qu'autrefois, l'usage ne permettait d'agir au nom d'autrui que pour le peuple, pour la liberté, pour la tutelle. La loi Hostilia avait aussi permis d'exercer l'action de vol au nom de ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi, ou absents pour cause d'intérêt public, ainsi qu'au nom du pupille placé sous leur tutelle. L'impossibilité où l'on était alors soit d'agir, soit de défendre au

TITULUS X.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem aut suo nomine aut alieno: alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque

excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare : nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe impedimento sunt quominus rem suam exequi possint.

1. Procurator neque certis verbis, neque præsente adversario, imo plerumque ignorante eo constituitur : cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, is tuus procurator intelligitur.

2. Tutores et curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

nom d'autrui, offrait de graves inconvénients ; aussi l'usage s'est-il établi de plaider par procureur. En effet, les maladies, l'âge, un voyage indispensable, et beaucoup d'autres motifs, nous empêchent souvent de suivre par nous-mêmes nos propres affaires.

1. On constitue un procureur sans prononcer aucune parole solennelle, en l'absence de l'adversaire, et le plus souvent même à son insu. Il suffit, en effet, que vous permettiez à un autre de poursuivre ou de défendre vos intérêts, pour qu'il soit votre procureur.

2. Quant aux tuteurs et curateurs, on a exposé au premier livre comment ils se constituent.

EXPLICATION.

PR.

1299. La nécessité d'exercer par soi-même toutes les actions qu'on aurait à intenter se conçoit à peine, tant elle serait gênante ; et cependant, malgré ses inconvénients [1], cette nécessité exista autrefois (*olim*) dans le système des actions de la loi. On n'agissait au nom et en exerçant le droit d'autrui (*alieno nomine*) que dans trois cas particuliers auxquels se joignit plus tard une quatrième exception, en vertu de la loi Hostilia, loi dont l'époque est restée inconnue.

Ainsi, agissait PRO POPULO l'agent ou le syndic exerçant les actions d'une ville ou d'une province [2] ; PRO LIBERTATE, l'*assertor*, dont nous avons parlé précédemment [1226], et PRO TUTELA, le tuteur exerçant les actions du pupille. En cas de procès entre le pupille et son tuteur, on nommait pour agir au nom du premier un tuteur prétorien, dont on continua de se

(1) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, § 2, *de procur.* — (2) *Gaius, fr.* 1, § 1, *quod cujusq. univers.*

servir après la suppression des actions de la loi, du moins dans certains cas [1], que Justinien ne distingue plus. Aussi a-t-il remplacé le tuteur prétorien par un curateur [270]. La loi Hostilia s'applique spécialement à l'action *furti*, et permet à quiconque le voudra d'intenter cette action, soit au nom de ceux qui se trouvent prisonniers chez l'ennemi ou absents *reipublicæ causa*, soit au nom des personnes placées sous leur tutelle [2].

1300. Les actions de la loi ayant été supprimées, l'usage permit de plaider, tant comme demandeur que comme défendeur, ou pour soi-même en son propre nom, ou au nom d'autrui en qualité de tuteur, de curateur, de procureur ou même, quoique Justinien n'en parle pas, en qualité de COGNITOR [3], Dans ces différents cas, l'intervention d'une personne plaidant au nom d'autrui nécessite un changement dans la formule : l'*intentio* reste la même comme si le *dominus*, c'est-à dire celui à qui ou contre qui l'action compète, plaidait *suo nomine ;* mais le nom de ceux qui agissent ou défendent pour autrui est substitué, dans la *condemnatio*, au nom du *dominus*. Ainsi, par exemple, *Primus* agissant pour *Secundus* contre *Tertius*, la formule serait ainsi conçue : *Si paret Tertium* SECUNDO *dare oportere*, *Tertium* PRIMO *condemna* [4].

§ I.

1301. Le procureur et le *cognitor* se distinguaient par plusieurs différences.

En effet, le procureur, n'étant qu'un mandataire, se constitue par un mandat que sa volonté, jointe à celle du constituant, forme indépendamment de toute autre condition, sans paroles solennelles, et même en l'absence de l'adversaire ou à son insu [5].

Le *cognitor*, au contraire, se constituait absent ou présent, mais toujours au moyen de certaines paroles que le constituant prononçait en présence de son adversaire [6].

En raison même de cette solennité, le *cognitor* représentait le constituant, comme si ce dernier eût agi lui-même en son propre nom [7]; aussi le contrat ou quasi-contrat judiciaire, que

[1] *Gaius*, 1 *inst.* 184 ; 4 *inst.* 103 *et seqq.*; *Ulp.* 11 *reg.* 24.—[2] *Text. et Theoph. hic.* — [3] *Gaius*, 4 *inst.* 82. V. *Paul.* 1 *sent.* 2 *et* 3. —[4] *Gaius*, 4 *inst.* 35, 86 *et* 87. — [5] *Text. hic in fin.*; *Gaius*, 4 *inst.* 84 ; *Ulp. fr.* 3, § 1, *de procur.*; *Paul. fr.* 2, *eod.*; 1 *sent.* 3, § 1.— [6] *Gaius*, 4 *inst.* 83.—[7] *Gaius*, 4 *inst.* 97 *et* 98.

la décision du juge forme entre les plaideurs ([1]), se formait-il, malgré l'intervention du *cognitor*, entre le constituant et son adversaire. C'est au constituant ou contre lui que compétait ordinairement l'action *judicati* (*a*), qui se donne au double contre la partie qui prétend mal à propos n'avoir pas été condamnée ([2]), tandis que cette même action compétait au procureur ou contre lui ([3]), conformément à ce principe général que, si le mandataire contracte en exécution du mandat, il en résulte action, non pour ou contre le mandant, mais pour ou contre celui qui a contracté, c'est-à-dire contre le mandataire [1280].

1302. Ces distinctions entre le *cognitor* et le procureur se sont effacées peu à peu. Dès le règne d'Alexandre-Sévère, le procureur fut, à certains égards, assimilé au *cognitor*, lorsque le mandant comparaissait en personne pour le constituer ([4]), et cette assimilation partielle a dû se trouver beaucoup plus complète au temps de Justinien, puisqu'il supprime le nom même du *cognitor* dans les textes qu'il applique au procureur.

Ainsi, dans les Pandectes, c'est au constituant ou contre lui que compète l'action *judicati ;* on ne la donne au procureur ou contre lui que par exception, lorsqu'il est venu s'offrir à la défense, ou lorsqu'il a été constitué *procurator in rem suam* ([5]).

§ II.

1303. On a vu au premier livre comment se constituent les tuteurs : ajoutons seulement que l'action *judicati* compète aux pupilles et contre les pupilles, non au tuteur ou contre le tuteur qui, en se portant demandeur ou défendeur en leur nom, remplit un devoir forcé ([6]). Aussi en est-il autrement lorsqu'il prend bénévolement le rôle de défendeur dans les cas où il suffit d'autoriser le pupille en laissant délivrer l'action contre ce dernier (*b*). Les mêmes principes sembleraient applicables dans la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans; mais comme aucune ac-

([1]) *Ulp. fr.* 3, § 11, *de pecul.*—([2]) *Gaius*, 4 *inst.* 171 ; *Paul.* 1 *sent.* 19, § 1. V. *Ulp. fr.* 6, § 1, *de re judic.*—([3]) *Fragm. vatic.* 317, 332. — ([4]) *Fragm. vatic.* 317 *et* 331 ; *Modest. fr.* 65, *de procur.* — ([5]) *Ulp. fr.* 4, *de re jud.; Paul. fr.* 61, *de procur.* V. *fr.* 30, *eod.* — ([6]) *Ulp. fr.* 2, *de admin. et peric.* V. *Pap. fr.* 6 ; *Scævol. fr.* 7, *quando ex fact. tut.*

(*a*) *Paul.* 1 *sent.* 2, § 4. A moins que le *cognitor* n'ait été constitué *in rem suam*, pour exercer à ses risques et périls, mais au nom du constituant, une action cédée par ce dernier (V. *fragm. vatic.* 317; *Theod. C.* 7, *C. Th. de cognit. et procur.*).

(*b*) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de adm. et peric.* Le tuteur peut à son choix se porter défen-

tion ne peut être donnée contre les fous (1), le curateur, condamné en leur nom, est soumis à l'action *judicati* pendant tout le temps que durent ses fonctions (2).

(1) *Pomp. fr.* 2, *de condict. furt.* — (2) *Pap. fr.* 5, *quando ex fact. tut.; et ibi Cujac.*

---

deur au nom du pupille, ou autoriser ce dernier afin qu'il défende lui-même en son propre nom ; et cependant ce choix n'a lieu ni lorsque le pupille est absent ou *infans*, ni lorsqu'il est présent et âgé de plus de sept ans. Le tuteur doit nécessairement se porter défendeur, dans le premier cas, et autoriser le pupille dans le second (*Ulp. d. fr.* 1, § 2). Le choix laissé au tuteur n'existe donc que dans l'intervalle entre l'enfance et l'âge de sept ans accomplis ; l'enfance ne se prolonge donc pas jusqu'à ce dernier âge [995].

TITRE XI.

DES CAUTIONS.

Les anciens avaient adopté un système sur les cautions ; chez les modernes, l'usage en a introduit un autre. Autrefois, dans les actions réelles, le possesseur était tenu de donner caution, afin que s'il venait à succomber, et faute par lui de restituer, soit la chose elle-même, soit l'estimation du litige, le demandeur pût agir ou contre lui ou contre ses fidéjusseurs. Cette caution s'appelle *judicatum solvi*. Il est facile de voir qu'on l'appelait ainsi, parce que le demandeur stipulait le paiement de ce qui serait jugé. Le défendeur qui prenait ce rôle au nom d'autrui devait, à plus forte raison, donner caution. Le demandeur, exerçant une action réelle en son propre nom, n'était pas obligé de donner caution ; mais son procureur devait garantir la ratification du maître. On pouvait craindre, en effet, que ce dernier ne poursuivît une seconde fois pour le

TITULUS XI.

DE SATISDATIONIBUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim, si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut si victus nec rem ipsam restitueret nec litis æstimationem ejus, potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fidejussoribus ejus : quæ satisdatio appellatur JUDICATUM SOLVI. Unde autem sic appellatur, facile est intelligere ; namque stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum. Multo magis is qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur : procurator vero, si in rem agebat, satisdare jubebatur RATAM REM DOMINUM HABITURUM ; periculum enim erat

ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores et curatores, eodem modo quo et procuratores, satisdare debere verba edicti faciebant; sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.

même objet. D'après les termes de l'édit, les tuteurs et curateurs devaient donner caution comme les procureurs; mais on les en dispensait quelquefois lorsqu'ils étaient demandeurs. Telle était la règle établie pour les actions réelles.

1. Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, JUDICATUM SOLVI satisdare non cogebatur.

1. Dans les actions personnelles, on suivait à l'égard du demandeur, ce qui a été dit pour l'action réelle. Quant au défendeur qui se présentait au nom d'autrui, il donnait toujours caution, parce que sans caution aucun de ceux qui défendent pour autrui n'est réputé solvable; mais celui qui défendait en son propre nom à une action personnelle n'était pas soumis à la caution *judicatum solvi*.

2. * Sed hæc hodie aliter obser- * vantur. Sive enim quis in rem * actione convenitur, sive in perso- * nam suo nomine, nullam satisda- * tionem pro litis æstimatione dare * compellitur, sed pro sua tantum * persona quod in judicio perma- * neat usque ad terminum litis; vel * committitur suæ promissioni cum * jurejurando, quam juratoriam * cautionem vocant, vel nudam pro- * missionem vel satisdationem pro * qualitate personæ suæ dare com- * pellitur.

2. On observe aujourd'hui d'autres règles. Celui qui défend en son propre nom à une action réelle ou personnelle n'est point forcé de donner caution pour l'estimation du litige, mais seulement pour sa personne, en ce sens qu'il devra rester en cause jusqu'à la fin du procès. On peut même s'en rapporter soit à son serment, qu'on appelle caution juratoire, soit à sa simple promesse, ou exiger une satisdation, suivant la qualité des personnes.

3. * Sin autem per procuratorem * lis vel infertur vel suscipitur, in * actoris quidem persona, si non * mandatum actis insinuatum est, * vel præsens dominus litis in ju- * dicio procuratoris sui personam * confirmaverit, RATAM REM DOMINUM * HABITURUM satisdationem procu- * rator dare compellitur: eodem

3. Supposons au contraire que le demandeur ou le défendeur plaide par procureur, et parlons d'abord du demandeur. S'il n'existe point de mandat insinué, ou si le maître du litige ne se présente pas devant le juge, pour y confirmer la personne de son procureur, celui-ci doit donner caution que le maître ratifiera. La même règle s'applique au tuteur, au

curateur, et aux autres personnes chargées d'administrer les affaires d'autrui, lorsqu'ils agissent par un tiers.

4. Quant au défendeur, s'il est présent et disposé à constituer un procureur, il peut ou se présenter devant le juge et y confirmer la personne de son procureur, en donnant par une stipulation solennelle la caution *judicatum solvi*, ou la donner extrajudiciairement, en se portant lui-même fidéjusseur de son procureur sur tous les chefs de cette caution. Alors il doit aussi consentir une hypothèque sur ses biens, soit qu'il ait donné judiciairement ou extrajudiciairement la caution qui l'oblige lui et ses héritiers. Il doit en outre promettre ou cautionner qu'il se présentera en personne devant le juge le jour où sera prononcée la sentence. S'il ne se présente pas, le fidéjusseur paiera le montant de la condamnation, à moins qu'il n'y ait appel.

5. En cas d'absence du défendeur, quelle qu'en soit la cause, et sans distinguer entre les actions réelles ou personnelles, ceux qui voudront défendre y seront admis, pourvu cependant qu'ils donnent la caution *judicatum solvi* pour le montant du litige; car, sans caution, d'après l'ancienne règle dont on a déjà parlé, aucun de ceux qui défendent pour autrui n'est réputé solvable.

6. La fréquentation journalière des audiences et la pratique des affaires rendront ces notions plus faciles et plus complètes.

7. Nous entendons que ces règles soient observées, non seulement dans la ville royale, mais encore dans toutes nos provinces, quoique, par impéritie peut-être, on y suive une marche différente.

* observando, et si tutor vel curator * vel aliæ tales personæ quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium * inferunt.

4. * Si vero aliquis convenitur, si * quidem præsens procuratorem dare * paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris * personam per JUDICATUM SOLVI satisdationem solemni stipulatione * firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse * sui procuratoris fidejussor existat * pro omnibus JUDICATUM SOLVI satisdationis clausulis : ubi et de * hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus * obligentur; alia insuper cautela * vel satisdatione propter personam * ipsius exponenda, quod tempore * sententiæ recitandæ in judicio invenietur, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ condemnatione continentur, nisi fuerit * provocatum.

5. * Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, et alius * velit defensionem ejus subire, * nulla differentia inter actiones in * rem vel in personam introducenda, * potest hoc facere, ita tamen ut * satisdationem JUDICATUM SOLVI pro * litis æstimatione præstet : nemo * enim secundum veterem regulam * (ut jam dictum est) alienæ rei sine * satisdatione defensor idoneus intelligitur.

6. Quæ omnia apertius et perfectissime a cottidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

7. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis, et si propter imperitiam forte aliter celebrantur, obtinere censemus; cum necesse est

omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.

En effet, toutes les provinces doivent se conformer aux règles observées dans la capitale de nos cités, c'est-à-dire dans la ville royale.

EXPLICATION.

1304. Nous avons déjà vu [983] que le préteur, en accordant une action, contraint quelquefois l'une des parties à donner des *satisdationes*, c'est-à-dire à contracter par stipulation certains engagements qui sont garantis par fidéjusseurs. Ces stipulations prétoriennes sont usitées dans plusieurs cas, et surtout lorsque l'action est donnée à une personne ou contre une personne qui plaide au nom d'autrui, et ce titre n'est, pour ainsi dire, qu'une continuation du précédent.

Il se divise en deux parties : la première expose le droit romain proprement dit ; la seconde, le droit du Bas-Empire.

PR. et § I.

1305. Dans l'action réelle, le défendeur conserve la possession pendant toute la durée du litige, et, quoiqu'il plaide en son propre nom, il doit donner la caution dite *judicatum solvi* (1) pour le cas où, après avoir succombé, il ne restituerait pas la chose et ne paierait pas le montant de la condamnation (*litis æstimationem*). Faute par le défendeur de donner cette garantie, la possession est transférée au demandeur [1354], si toutefois ce dernier fournit lui-même la caution qu'on lui refuse (2).

La caution *judicatum solvi*, sauf quelques cas exceptionnels, n'est point exigée du défendeur qui plaide, en son propre nom, dans une action *in personam* (3); mais d'après une règle ancienne, applicable même aux actions personnelles, aucun de ceux qui se portent défendeurs au nom d'autrui n'est réputé solvable sans caution, *nemo defensor*, etc. (4) : aussi, en pareil cas, le procureur doit-il donner la caution *judicatum solvi*. Le *cognitor*, d'après ce qu'on a dit [1301], semblerait n'y être pas assujetti : effectivement, ce n'est pas lui, mais le constituant, qui donne caution (5), sans doute pour l'honneur de la règle *nemo defensor*, etc.

(1) *Pr., h. t.; Ulp. fr.* 6 *et* 9, *judic. solv.* — (2) *Paul.* 1 *sent.* 11, § 1. — (3) § 1, *h. t.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 102. — (4) § 1, *h. t. Gaius*, 4 *inst.* 101. — (5) *Gaius*, 4 *inst.* 101.

1306. Le procureur, agissant au nom d'autrui, doit garantir que le *dominus* ratifiera [1], et donner dans ce but la caution DE RATO [986]. On pouvait craindre, en effet, que l'action ainsi intentée au nom d'une autre personne ne fût exercée de nouveau par celle-ci. Ce danger n'existait pas dans le cas du *cognitor* [1301]; et alors le demandeur n'avait aucune caution à fournir [2].

L'édit prétorien soumettait les tuteurs et curateurs aux mêmes cautions que le procureur; mais l'usage les en a dispensés, d'abord dans certains cas exceptionnels [3], et, plus tard, en règle générale [4].

§ II.

1307. Le défendeur, plaidant en son propre nom, n'est plus assujetti, dans le droit nouveau, à donner caution *pro litis æstimatione;* mais il doit, dans toute espèce d'actions, prendre (*pro sua tantum persona*) l'engagement de rester *in judicio* jusqu'à la fin du procès. A cet égard, on se contente quelquefois, suivant le rang et la dignité de chacun, d'une simple promesse [5]; quelquefois, au contraire, on exige, soit la caution juratoire, c'est-à-dire un serment, soit un fidéjusseur [6].

Pour entendre cette décision, il faut savoir que la caution *judicatum solvi* comprend, même sous Justinien (*a*), plusieurs clauses distinctes. Celui qui la fournit s'oblige non seulement à payer les sommes auxquelles il pourra être condamné, mais aussi à rester *in judicio* jusqu'à la fin du procès [7]. Il résulte donc de notre texte que, dans toute action, le défendeur est soumis à la caution *judicatum solvi* pour la seconde clause (*pro sua tantum persona*); mais qu'il en est dispensé, quant à la première (*pro litis æstimatione*), pourvu qu'il plaide en son propre nom; car, dans le cas contraire, son engagement doit s'étendre à toutes les clauses de la caution *judicatum solvi* [8].

1308. Notre texte ne se réfère donc pas, comme on le croit

[1] *Pr., h. t.; Gaius*, 4 *inst.* 98 *et* 100. — [2] *Pr., h. t.; Gaius*, 4 *inst.* 96, 97, 98 *et* 100. — [3] *Pr., h. t.; Gaius*, 4 *inst.* 99 *et* 101. — [4] *Ulp. fr.* 1, § 2; *fr.* 23, *de admin. et peric.* — [5] *Macer. fr.* 15, *qui satisd. cogunt.; Leo et Anthem. C.* 33, § 3, *de episc. et cleric.* — [6] *Text. hic; Honor. et Theod. C.* 17, *de dignit.* — [7] *Theoph. ad* § 4, *h. t.* — [8] § 4, *h. t.*

(*a*) Dans l'ancien droit, la caution *judicatum solvi* contenait trois clauses, savoir : la première *de re judicata*, la seconde *de re defendenda*, la dernière *de dolo malo* (*Ulp. fr.* 6, *judic. solv.*).

communément, à l'ancien *vadimonium* par lequel une personne appelée *in jus* promettait à son adversaire de s'y représenter à jour fixe, *se certo die sisti*, lorsqu'une première comparution se trouvait insuffisante (1). Cette caution s'appelle, au Digeste, caution *judicio sisti* (2), probablement parce que le mot *judicium* a été substitué au mot *jus*.

§ IV.

1309. Lorsque le défendeur plaide par procureur, la caution *judicatum solvi* devient indispensable, conformément à la maxime *nemo defensor*, etc. Cependant on distingue si le défendeur est présent ou absent (3).

Lorsqu'une partie vient elle-même *in judicium* pour constituer un procureur, celui-ci est assimilé à l'ancien *cognitor* [1302]; et alors ce n'est pas lui, mais le constituant, qui fournit la caution *judicatum solvi*. A cet effet, celui-ci contracte, soit par une stipulation solennelle, c'est-à-dire judiciaire, soit par une stipulation extrajudiciaire, et en se portant lui-même fidéjusseur de son procureur, une obligation transmissible à ses héritiers; dans les deux cas, enfin, il doit consentir hypothèque sur tous ses biens. Le défendeur doit aussi garantir, en observant les distinctions précédemment exposées [1307], qu'il se présentera *in judicio* pour entendre prononcer la sentence (4).

§ V.

1310. Ceux qui veulent se porter défendeurs au nom d'un absent y sont admis dans toute espèce d'actions; mais, dans ce cas, la caution *judicatum solvi* doit être fournie par le procureur même. Notre texte ajoute qu'elle sera donnée *pro litis æstimatione*, c'est-à-dire même *pro litis æstimatione*, ou pour toutes les clauses que comprend cette caution [1307], tandis que le défendeur, lorsqu'il plaide en son propre nom, n'est soumis à cette garantie que *pro sua tantum persona* (5).

§§ III, VI et VII.

1311. Quant au demandeur, si l'action est intentée par un procureur, ce dernier devra donner caution *de rato* [1306].

(1) *Gaius, 4 inst.* 184.— (2) *Ulp. fr.* 3, *si quis in jus ; fr.* 4, *in jus vocat.*— (3) *Text. hic* ; § 5, *h. t.* — (4) *Theoph. hic.* — (5) § 4, *h. t.*

excepté lorsque le mandat sera authentiquement constaté (*actis insinuatum*), ou lorsque le *dominus* se présentera lui-même *in judicio* pour reconnaître son procureur, qui, dans ce cas, est un véritable *cognitor* [1302].

Précédemment, les tuteurs et les curateurs ont été assimilés aux procureurs pour la caution qu'ils doivent fournir (1). Justinien applique également ce qui précède aux tuteurs et curateurs qui plaident en cette qualité, non pour autrui, mais par autrui (*per alium*) : cela veut dire que leur présence *in judicio*, ou le mandat qu'ils donnent en forme authentique, suffira pour exempter de la caution le procureur par eux constitué.

Les §§ 6 et 7 n'exigent aucune explication.

(1) *Pr. in fin., h. t.*

TITRE XII.

DES ACTIONS PERPÉTUELLES OU TEMPORAIRES ET DES ACTIONS QUI SE TRANSMETTENT ACTIVEMENT OU PASSIVEMENT AUX HÉRITIERS.

Nous devons dire ici que les actions dérivant d'une loi, d'un sénatus-consulte ou des constitutions impériales, compétaient autrefois à perpétuité ; mais depuis, les constitutions impériales ont limité la durée des actions, soit réelles, soit personnelles. Quant à celles qui dérivent spécialement de la juridiction du préteur, elles ne durent, pour la plupart, qu'une année, parce que le préteur lui-même n'avait d'autorité que pendant un an. Quelquefois cependant elles durent à perpétuité, c'est-à-dire jusqu'au terme fixé par les constitutions : telles sont les actions que le préteur accorde au possesseur de biens et aux autres personnes qui représentent l'héritier. L'action de vol mani-

TITULUS XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEUNT.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones quæ ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt ; eas vero quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, *id est, usque ad finem ex constitutionibus introductum :* quales sunt eæ quas bonorum possessori, ceterisque qui heredis loco sunt,

accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur : absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

1. Non omnes autem actiones quæ in aliquem aut ipso jure competunt aut a prætore dantur, et in heredem æque competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere : veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ; sed heredibus hujusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pœnales autem actiones quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt.

2. Superest ut admoneamus quod, si ante rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset ut damnari debeat; et hoc est

feste, quoique née de la juridiction prétorienne, n'en est pas moins perpétuelle : en effet, le préteur a pensé qu'il serait absurde de la limiter à un an.

1. Les actions que le droit civil établit ou que le préteur accorde contre certaines personnes ne sont pas toujours établies ou accordées de la même manière contre leurs héritiers. En effet, c'est une règle constante en droit, que les actions pénales résultant d'un délit ne compètent pas contre l'héritier du délinquant. Telles sont, par exemple, les actions de vol, de biens enlevés par force, d'injures, de dommage causé à tort. Toutefois ces actions compètent aux héritiers : on ne refuse à ceux-ci que l'action d'injures et les autres actions du même genre. Cependant l'action, quoique née d'un contrat, ne compète pas contre l'héritier, lorsque le testateur a commis un dol dont l'héritier n'a point profité. Les actions pénales dont nous avons parlé se donnent aux héritiers et s'exercent contre les héritiers du défunt, lorsqu'il y a eu constatation du litige entre les parties originaires.

2. Il nous reste à observer que le défendeur, lorsqu'il satisfait son adversaire avant qu'il y ait chose jugée, doit être absous par le juge, bien qu'il fût dans le cas d'être condamné à l'époque où l'action a été donnée. C'est en ce sens que, d'après un ancien

adage, les actions sont toutes absolutoires.

quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.

EXPLICATION.

1312. La double distinction dont va s'occuper notre titre est étrangère aux actions dont le préteur a délivré la formule (*contestatæ* (1), *inclusæ judicio* (2). Ainsi lorsqu'on distingue, d'une part des actions perpétuelles ou temporaires, d'autre part des actions qui sont ou ne sont pas héréditairement transmissibles, il s'agit du droit de demander l'action plutôt que de l'action même (3).

Quant aux actions dont la formule a été délivrée, elles se transmettent activement et passivement aux héritiers du demandeur et du défendeur (4), et subsistent sans limitation (5), tant que peut durer l'instance judiciaire [1335]. Ce double résultat vient de la *litis contestatio* et de la novation qu'elle opère, du moins dans certains cas, en substituant à l'obligation primitive une obligation nouvelle qui, plus tard, est elle-même remplacée par une autre obligation résultant du *judicatum*. Aussi les anciens ont-ils indiqué, par des expressions techniques, les diverses modifications que subit l'obligation du défendeur dans les différentes phases de la procédure. Celui qui, primitivement, devait donner, *dare oportere*, après la *litis contestatio*, doit être condamné, *condemnari oportere;* et après avoir été condamné, il doit exécuter la sentence, *judicatum facere oportere* (6).

PR.

1313. Sauf quelques exceptions (7), le temps pendant lequel une action peut être demandée au préteur est illimité pour les actions qui dérivent des lois, des sénatus-consultes ou des constitutions impériales, c'est-à-dire pour les actions civiles. Il est d'un an pour un grand nombre d'actions prétoriennes, et cela, dit Justinien, parce que l'autorité du préteur ne durait elle-

(1) § 1, *h. t.* — (2) *Gaius, fr.* 139, *de reg. jur.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 110. — (4) § 1, *h. t.*; *Ulp. fr.* 26; *Paul. fr.* 33; *Callistr. fr.* 58, *de obl. et act.* — (5) *Gaius, fr.* 139, *de reg. jur.* — (6) *Gaius*, 3 *inst.* 180. — (7) *Scævol. fr.* 2, *de l. j. repetund.*; *Gaius*, 4 *inst.* 121.

même qu'un an. Cette raison, si elle était vraie, s'appliquerait à toutes les actions prétoriennes sans distinction. D'un autre côté, il en résulterait que l'action doit être demandée au magistrat pendant la préture duquel est né le droit de la demander, ce qui souvent restreindrait l'année à quelques jours. Il est plus vraisemblable que les préteurs, en introduisant un grand nombre d'actions, ont circonscrit dans un court délai celles qui paraissaient les plus rigoureuses ou les plus éloignées des principes du droit civil.

1314. En effet, les actions prétoriennes sont, tantôt une création spéciale du droit honoraire (*ex propria prætoris jurisdictione pendent*), tantôt une imitation du droit civil (*a*). La durée des premières est ordinairement (*plerumque*) restreinte à un an, sans l'être toujours ; car si ce délai s'applique aux actions pénales ([1]), les actions *rei persecutoriæ*, au contraire, sont perpétuelles ([2]). L'action de vol manifeste au quadruple, qui dérive directement du droit prétorien [1133], est perpétuelle, quoique pénale, parce qu'elle adoucit la disposition du droit civil en substituant une peine pécuniaire à une peine capitale.

Le droit honoraire imite le droit civil lorsqu'il emprunte les actions de ce dernier pour leur donner, au moyen de certaines fictions [1221], une application plus étendue, et alors ces actions qu'on appelle fictives, sont perpétuelles comme les actions civiles qu'elles imitent ([3]); mais, au contraire, lorsque la fiction prétorienne restreint un principe civil en rescindant ses effets, les actions rescisoires ne se donnent que pendant une année utile, lors même qu'elles se donnent *in rem* ([4]), et par conséquent *rei persequendæ causa* [1234].

1315. Sous Justinien il n'existe plus à proprement parler d'actions perpétuelles, et cependant cette dénomination est conservée aux actions dont la durée n'a été limitée que dans le

([1]) *Ulp. fr.* 9, § 1, *quod. fals. tut.*; *fr.* 22, § 6, *de liberal. caus.* — ([2]) *Ulp. fr.* 4, § 10, *de damn. infect.* — ([3]) *Gaius*, 3 *inst.* 111. V. *Text. hic.* — ([4]) *Paul. fr.* 35, *de obl. et act.*

(*a*) *Gaius*, 4 *inst.* 111. Justinien, voulant effacer cette distinction du texte de Gaius, supprime dans cette phrase *aliquando tamen*, les mots *imitantur jus legitimum*, qu'il remplace par ceux-ci, *et in perpetuum extenduntur*. Il en résulte qu'en parlant des actions *quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent*, l'Empereur semble désigner les actions prétoriennes en général, et notamment celles que l'on accorde au possesseur de biens, et aux autres personnes qui sont, comme lui, *loco heredis*.

Bas-Empire, par les constitutions qui ont établi contre toutes personnes, excepté les pupilles, la prescription de trente ans; cette limite s'applique à toutes les actions personnelles ou réelles, et spécialement à l'action hypothécaire dont l'objet est sorti des mains du débiteur (a). Dans le cas contraire, cette action n'est soumise qu'à la prescription de quarante ans, établie par Anastase [1] comme dernière limite des actions qui pouvaient encore durer plus de trente ans, et spécialement de l'action hypothécaire dont l'objet se trouve en la possession du débiteur [2].

En déclarant que la durée de toutes les actions a été limitée dans le Bas-Empire, notre texte semble manquer d'exactitude, puisque la revendication a toujours été circonscrite dans les délais de l'usucapion. En réalité cependant la revendication n'avait point de durée fixe : elle suivait la propriété, s'acquérait et se perdait avec cette dernière, et c'est précisément ainsi que l'usucapion, en transférant le *dominium*, rendait impossible une revendication qui avait existé, pour le précédent propriétaire, aussi longtemps que sa propriété même, et dans ce cas, l'action réelle conservait toute la durée dont sa nature est susceptible. Pour nous montrer la revendication circonscrite dans un délai quelconque, il faudrait établir que faute d'avoir agi plus tôt, un propriétaire dont le droit subsiste, ne sera plus admis à revendiquer une chose qui est encore sienne, contre un possesseur à qui la propriété n'est point acquise. C'est précisément ce que nous voyons dans la constitution de Justinien : le possesseur qui détient depuis trente ou quarante ans peut maintenir sa possession, en repoussant l'action du propriétaire ou du créancier hypothécaire; mais, si la chose sort de ses mains, il ne la revendiquera pas comme la revendiqueraient, en pareil cas, ceux qui ont acquis la propriété par usucapion. La revendication ou l'action hypothécaire contre le nouveau possesseur continue d'appartenir au maître ou au créancier, nonobstant l'exception victorieuse que leur a opposée le précédent possesseur, et que le détenteur actuel n'opposera lui-même qu'après avoir possédé pendant trente ou quarante ans [3].

Nous parlons ici du possesseur de mauvaise foi. Quant à

[1] *C. 4, de præscript. 30 vel 40 ann.* — [2] *Justin. C. 7, pr.*, §§ 1 *et* 2, *eod.* — () *Justin. d. C. 8, pr. et* § 1, *eod.*

(a) *Honor. et Theod. C. 3, de præscr. 30 vel 40 ann.* Cette constitution est de

ceux qui ont possédé de bonne foi et *ex justa causa* [471]; ils peuvent, après avoir opposé la prescription de 10 ou 20 ans, et à plus forte raison celle de 30 ou 40 ans, revendiquer la chose passée en d'autres mains ([1]).

§ I.

1316. Les actions qui pourraient être données à une personne ou contre elle, se donnent de la même manière à ses héritiers ou contre ses héritiers, et à chacun d'eux ou contre chacun d'eux en raison de sa part héréditaire ([2]). Toutefois cette règle générale ne s'applique véritablement qu'aux actions personnelles; car si les actions réelles, la revendication, par exemple, se donnent à l'héritier ou contre lui, c'est plutôt comme propriétaire ou comme possesseur que comme représentant du défunt.

Parmi les actions personnelles, tant civiles que prétoriennes (*a*), nous distinguerons encore les actions pénales qui résultent d'un délit (*ex maleficiis pœnales*). D'après une règle qui paraît absolue (*certissima*), elles s'éteignent par la mort du délinquant ([3]). Aussi ne se donnent-elles point contre ses héritiers, si ce n'est jusqu'à concurrence des valeurs dont le délit les a enrichis; car le fait qui ne leur nuit pas ne doit pas non plus leur profiter ([4]).

Les délits produisent quelquefois des actions *rei persecutoriæ*, et ces dernières, malgré leur origine, se donnent ordinairement contre les héritiers du délinquant ([5]); mais cette règle n'est plus aussi certaine que la précédente ([6]).

([1]) *Justin. d. C. 8, pr. et* § 1. — ([2]) *Dec. C. 2; Diocl. et Max. C. 6, de hered. act.* — ([3]) *Text. hic*; § 9, *de leg. aquil.; Gaius, 4 inst. 112 et 113; fr. 111, § 1, de reg. jur.; Ulp. fr. 1, de priv. del.* — ([4]) *Paul. fr. 25, de obl. et act.* — ([5]) § 19, *de obl. quæ ex del.; Ulp. fr. 7, § 2, de condict. furt.; Paul. fr. 6, § 4, rer. amot.* — ([6]) *Ulp., Paul. et Gaius, fr. 4, § 6; fr. 5, 6 et 7, de alien. jud. mut.*

Théodose le jeune; mais il est certain que la prescription trentenaire avait été établie antérieurement par Théodose le Grand (V. *Cujac.* 18, *obs.* 26).

(*a*) *Actiones quæ aut* IPSO JURE *competunt aut* A PRÆTORE *dantur*. Il résulte de cette phrase que certaines actions sont données par le préteur, tandis qu'on aurait les autres de plein droit, c'est-à-dire dans le sens vulgairement attribué à cette locution, sans les demander à personne. De contre-sens en contre-sens, on arriverait ainsi à un non-sens. IPSUM JUS, le droit par excellence, le droit proprement dit, le droit primitif, n'est rien autre chose que le droit civil, par opposition au droit honoraire (V. § 10, *de act.; Ulp. fr. 9, usufr. quemadm. cav.*). Ainsi les actions qui compètent *ipso jure*, sont les actions établies par le droit civil; les actions données par le préteur (*quæ a prætore dantur*) s'entendent ici des actions par lui introduites, et non pas des actions dont il délivre la formule; car dans ce dernier sens, les actions sont toutes données par le préteur.

1317. Les mêmes raisons, et par conséquent les mêmes distinctions, ne s'appliquent point aux héritiers des personnes contre qui un délit a été commis ; aussi succèdent-ils au droit de demander les actions pénales, excepté l'action d'injures [1] et quelques autres actions également fondées sur le ressentiment, par exemple, l'action de testament inofficieux [2].

1318. Les actions résultant des contrats étant presque toujours *rei persecutoriæ* [3], se donnent aux héritiers et contre les héritiers, sauf une exception relative aux héritiers de l'adstipulateur, comme à ceux du *sponsor* et du *fidepromissor* [1019].

Justinien conserve les paroles restrictives de Gaius et les applique au cas où le défunt a commis un dol dont aucun profit n'arrive à l'héritier. Cependant il est certain qu'en matière de contrats, les héritiers sont tenus, comme le défunt lui-même, à raison du dol commis par ce dernier dans l'exécution de ses obligations [4], et même quoi que dise Théophile, dans l'exécution du dépôt nécessaire [5]. C'est donc, par une confusion trop fréquente dans les compilations, que Justinien rappelle, en parlant des contrats, une règle qui n'existe que pour les délits [1306].

§ II.

1319. Ce texte, étranger à l'objet du titre qu'il termine, suppose une action donnée contre un défendeur qui, se trouvant dans le cas de perdre sa cause, serait inévitablement condamné, si le juge statuait immédiatement ; mais entre le moment où l'action est donnée, *post acceptum judicium*, et le moment où le juge prononce, *ante rem judicatam* [6], il s'écoule un intervalle dont le défendeur profite quelquefois pour satisfaire et désintéresser le demandeur. En pareil cas, que fera le juge? Le défendeur sera-t-il absous, parce qu'il a satisfait, ou, au contraire, sera-t-il condamné, comme il devait l'être et comme il l'aurait été à l'époque où l'action a été donnée? Les Proculéiens adoptaient ce dernier système sans l'appliquer ni aux actions de bonne foi, ni aux actions réelles. Les Sabiniens, au contraire, rejetant cette distinction, pensaient que le défendeur

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, § 1, *de privat. del., fr.* 13 *et* 28, *de injur.* — (2) *Ulp. fr.* 6, § 2 ; *Paul. fr.* 7, *de inoffic. test.* V. *fr.* 7, *de injur.; fr.* 24, *de in jus voc.* — (3) § 17, *de action.* — (4) *Ulp. fr.* 152, § 3 ; *fr.* 157, § 2, *de reg. jur.; Paul. fr.* 49 ; *Pomp. fr.* 12, *de obl. et act.* — (5) *Ulp. fr.* 7, § 1 ; *Nerat. fr.* 18, *depos.* — (6) *Text. hic ; Gaius,* 4 *inst.* 114.

doit toujours être absous, lorsqu'il a satisfait son adversaire *ante rem judicatam* ; dans ce sens ils disaient *omnia judicia esse absolutoria* ([1]), et Justinien consacre ici leur opinion.

Dans les actions arbitraires, le défendeur contre qui le litige a été décidé peut encore être absous *post rem judicatam*, en donnant au demandeur une satisfaction que le juge détermine *ex bono et æquo*, sans le consentement des parties [1257] ; mais cette satisfaction n'a rien de commun avec celle dont on s'occupe ici ; en effet, celle-ci est donnée, de gré à gré, *ante rem judicatam.*

([1]) *Gaius, 4 inst.* 114.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS.

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur: sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

1. Verbi gratia, si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti quod non debueras, palam est jure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem.

2. Idem juris est, si quis

TITRE XIII.

DES EXCEPTIONS.

Nous avons maintenant à parler des exceptions. Elles ont été introduites pour défendre ceux contre qui l'action est intentée. Souvent, en effet, la poursuite exercée par le demandeur, quoique juste en elle-même, se trouve inique à l'égard du défendeur.

1. Par exemple, si, forcé par crainte, surpris par dol ou abusé par erreur, vous promettez, lorsque Titius stipule, ce dont vous n'êtes point débiteur, il est évident, d'après le droit civil, que vous êtes obligé, et l'action par laquelle on soutient que vous devez donner sera efficace. Cependant il serait inique que vous fussiez condamné : aussi vous donne-t-on, pour détruire l'effet de l'action, l'exception *quod metus causa*, ou l'exception de dol, ou une exception rédigée *in factum.*

2. Il en est de même lorsqu'on

a stipulé de vous, sans la réaliser, une somme que l'on devait vous prêter; car il est certain que le stipulant peut vous demander cette somme, et vous devez la payer, puisque vous êtes tenu par une stipulation. Mais, comme il serait inique de vous condamner, on décide que vous devez avoir pour vous défendre l'exception *non numeratæ pecuniæ* (de valeur non réalisée).

La durée de cette exception a été, comme on l'a déjà vu, restreinte par une de nos constitutions.

3. Si le débiteur convient avec son créancier qu'on n'exigera rien de lui, il n'en reste pas moins obligé; car le pacte ne dissout pas toujours les obligations. Ainsi, l'action par laquelle on soutient « qu'il est tenu de donner, » sera efficace; mais comme il serait inique de le condamner malgré la convention, il se défend par l'exception du pacte.

4. Pareillement, le débiteur qui, sur un serment déféré par le créancier, a juré ne rien devoir, reste toujours obligé; mais comme il serait inique d'examiner s'il y a eu parjure, le débiteur se défend par l'exception du serment. Les exceptions sont également nécessaires dans les actions réelles : par exemple, si après avoir déféré le serment au possesseur, et après que celui-ci a juré être propriétaire de la chose, le dé-

quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit; nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est : dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere.

Cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

3. Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio qua actor intendit, SI PARET EUM DARE OPORTERE; sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

4. Æque si debitor creditore deferente juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet; sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones : veluti, si petitore deferente possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem

rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

5. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

6. Hæc exempli causa retulisse sufficiet. Alioquin, quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

7. Quarum quædam ex legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

8. Appellantur autem exceptiones, aliæ perpetuæ et peremptoriæ, aliæ temporales et dilatoriæ.

9. Perpetuæ et peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt; qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur.

10. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilatio-

mandeur revendique encore le même objet. En effet, quoiqu'il dise la vérité en soutenant que cet objet lui appartient, néanmoins il serait inique de condamner le possesseur.

5. Lorsqu'on a intenté contre vous une action réelle ou personnelle, l'obligation n'en subsiste pas moins; ainsi on peut encore, d'après le droit civil, agir contre vous pour le même objet; mais vous devez être protégé par l'exception de la chose jugée.

6. Les exemples qu'on vient de rapporter suffiront. Du reste, on pourra concevoir, par les détails contenus dans le Digeste ou les Pandectes, la multitude et la diversité des cas où les exceptions sont nécessaires.

7. Les exceptions tirent leur origine, ou des lois et des autres parties du droit qui remplacent la loi, ou de la juridiction du préteur.

8. Les exceptions sont, les unes perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires.

9. Sont perpétuelles et péremptoires celles qui font toujours obstacle au demandeur et périment toujours l'action. Telles sont les exceptions de dol et *quod metus causa;* telle est l'exception du pacte, lorsqu'on est convenu de ne former aucune demande.

10. Sont temporaires et dilatoires les exceptions qui ne font qu'un obstacle temporaire et pro-

curent un délai. Telle est l'exception du pacte, lorsqu'on est convenu de ne pas poursuivre avant une époque déterminée, par exemple, avant cinq ans; ce délai écoulé, rien n'arrête plus les poursuites du demandeur. Ainsi, lorsqu'on oppose l'exception du pacte ou toute autre exception semblable à ceux qui voudraient agir avant l'expiration du délai, ils doivent différer leur action pour ne l'exercer qu'après l'expiration du terme; et de là vient que ces exceptions ont été nommées dilatoires. Autrement, le demandeur qui agit avant le terme, et auquel on oppose l'exception, n'obtient aucune condamnation dans cette même instance, à cause de l'exception; et autrefois même, à l'expiration du délai, il se serait trouvé dans l'impossibilité d'agir, parce qu'en portant témérairement l'affaire devant le juge, il avait épuisé son action et conséquemment perdu sa cause.

Mais aujourd'hui nous ne voulons pas maintenir une règle aussi rigoureuse. Quiconque agit avant le temps fixé par un pacte ou par l'obligation, est soumis à la constitution que Zénon, cet auguste législateur, a portée contre ceux qui demandent plus sous le rapport du temps. Ainsi, lorsque le demandeur n'observera pas le délai qu'il avait lui-même volontairement accordé, ou qui résultait de la nature de l'action, ce délai sera doublé pour le défendeur qui souffre un semblable préjudice; et après tous les délais expirés, on ne pourra le poursuivre de nouveau qu'après lui avoir préalablement remboursé tous les dépens du procès. Cette peine, qui frappera les deman-

nem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant: qua ratione rem amittebant.

Hodie autem non ita stricte hæc procedere volumus; sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint, protulit: ut si inducias quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt; et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.

deurs, leur apprendra à observer les échéances.

11. Præterea etiam ex persona dilatoriæ sunt exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit: nam militibus, nec pro patre vel matre vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur; suis vero negotiis superesse sine offensa disciplinæ possunt.

11. Il existe aussi des exceptions dilatoires à raison de la personne: telles sont les exceptions procuratoires, par exemple, si l'on veut agir par un militaire ou par une femme; car les militaires, quoiqu'ils soient autorisés par un rescrit impérial, ne sont pas admis comme procureurs, même pour leurs père ou mère, ou pour leur épouse; mais ils peuvent suivre leurs propres affaires sans blesser la discipline.

Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus: ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

Quant aux anciennes exceptions qu'on opposait aux procureurs, en raison de l'infamie, soit du constituant, soit du procureur lui-même, ayant reconnu qu'elles n'étaient d'aucun usage dans la pratique, nous voulons qu'elles demeurent abolies, afin qu'en disputant sur ces exceptions, on ne traîne pas en longueur le fond du procès.

EXPLICATION.

1320. Celui contre qui l'action est donnée peut se défendre devant le juge par la contradiction qu'il oppose directement à l'*intentio*, en déniant ce que le demandeur affirme. Ainsi, dans la revendication, par exemple, la question étant de savoir si le demandeur est propriétaire, la défense consiste à soutenir que la chose revendiquée ne lui a jamais appartenu ou du moins ne lui appartient plus, et la discussion s'établit alors sur les différents moyens d'acquérir, de conserver ou de perdre la propriété. Dans les actions personnelles, le défendeur niera la dette en soutenant que les conditions requises pour constituer l'obligation n'ont jamais été réunies, ou que l'obligation qui existait se trouve dissoute. Lorsqu'il s'agira d'un *mutuum*, le défendeur pourra donc alléguer qu'on ne lui en a pas remis l'objet, ou du moins qu'on ne lui en a pas transféré la propriété [943], et lorsqu'il s'agira d'une stipulation, qu'elle est inutile pour une des causes précé-

demment expliquées (1), ou enfin que son obligation est éteinte par un paiement ou par tout autre moyen de libération (2). Pareillement, dans une action *in factum*, le défendeur niera le fait dont l'existence est affirmée par le demandeur.

Il en serait autrement si le défendeur alléguait de son côté des circonstances, ou invoquait des arguments qui ne combattent pas directement l'*intentio*. Il sortirait alors de la question posée, et transporterait le débat sur une autre question, ce qui changerait la nature du litige. Le juge ne peut pas permettre cette déviation ; mais les circonstances indirectes dont il ne doit pas s'occuper peuvent être prises en considération par le magistrat qui, en accordant l'action, fixe le point litigieux. C'est au préteur, par conséquent, que le défendeur doit s'adresser pour que celui-ci donne au juge un mandat plus étendu ; et il le donne effectivement en ajoutant, à la question posée dans l'*intentio*, une question secondaire dont la condamnation dépendra comme d'une condition nouvelle. Ainsi l'action ordinaire, l'action dans sa plus simple expression, disant au juge de condamner *si paret dare oportere*, le magistrat, sur la réclamation du défendeur, ajoutera souvent, *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*, ou toute autre clause semblable, conçue en forme de condition négative, et appelée par cette raison même *exception* (3).

PR. et § VI.

1321. Cette clause, comme l'annonce notre texte, favorise la défense en lui donnant plus de latitude ; car en demandant une exception le défendeur n'acquiesce point à l'*intentio* (4). Le demandeur doit toujours prouver sa prétention, et s'il ne la prouve pas, le défendeur est nécessairement absous (5) ; mais dans le cas contraire et lors même que l'*intentio* serait justifiée, le défendeur conserve encore une chance d'absolution. La question qui résulte de l'exception reste à examiner (6), et quoique la preuve incombe alors au défendeur (7), la possibilité même de prouver lui devient précieuse, puisque le juge, à défaut d'exception, ne s'occuperait pas des allégations étrangères à l'*intentio* et à la question qui en résulte.

(1) *Liv. 3, tit. 19.*—(2) *Liv. 3, tit. 29.* — (3) *Paul. fr. 22, h. t.; Gaius, 4 inst. 119.* — (4) *Marcel. fr. 9, h. t.* — (5) *Anton. C. 4, de edend.* — (6) *Diocl. et Max. C. 9, de except.* — (7) *Ulp. fr. 1, h. t.; fr. 19, de probat.*

Justinien indique ici, mais par forme d'exemple seulement, plusieurs cas où l'emploi d'une exception devient nécessaire.

Les premiers supposent une action par laquelle le demandeur cherche à faire prévaloir une prétention juste, c'est-à-dire fondée sur le droit civil, mais contraire à l'équité (*licet justa... tamen iniqua*). Comme les considérations d'équité sont inadmissibles devant le juge que son devoir astreint aux règles du droit civil (1), le défendeur ne peut éviter la condamnation dont il est menacé, qu'en faisant insérer dans la formule une exception qui modifie l'action et par conséquent les pouvoirs du juge.

§ I.

1322. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contrat de droit strict, par exemple d'une stipulation, le droit civil qui se contente du consentement, sans examiner comment il a été obtenu, déclare le contrat obligatoire, quoique le répondant n'ait promis que parce qu'il était contraint par violence (*metu coactus*), surpris par dol (*dolo inductus*), ou induit en erreur (*errore lapsus*). Dans ce cas, si le stipulant intente la condiction *dare oportere*, cette action amènera une condamnation indubitable (*efficax est*), si le préteur n'ajoute pas à la formule l'exception *metus causa*, l'exception de dol ou une exception *in factum*.

Si, au contraire, le demandeur agissait par une action *bonæ fidei*, les exceptions dont on vient de parler seraient sous-entendues dans l'action même (2). En effet, les obligations d'où résultent les actions de bonne foi sont nulles, même d'après le droit civil, lorsque le consentement a été surpris par un dol sans lequel on n'aurait pas contracté (3).

1323. L'exception *metus causa* et l'exception de dol se donnent pour les mêmes causes que les deux actions auxquelles ces exceptions correspondent (4). Ainsi, de même que l'action *de dolo* s'exerce exclusivement contre l'auteur du dol, l'exception *doli mali* ne repousse que lui ; on l'opposerait donc inutilement au demandeur, si le dol dont on se plaint n'était pas le sien. L'exception *metus causa*, au contraire, repousse le demandeur, quel qu'il soit, par cela seul qu'il y a eu violence,

(1) *Pr., de offic. jud.* — (2) *Ulp. fr.* 21, *solut. matrim.; Julian. fr.* 84, § 5, *de legat.*, 1°; *Paul. fr.* 38 ; *Scævol. fr.* 58, *de her. petit.* — (3) *Ulp. fr.* 7, *de dol. mal.; fr.* 16, § 1, *de minor.; Paul. fr.* 3, § 3, *pro soc.* — (4) *Ulp. fr.* 9, § 3, *quod. met. caus.; fr.* 2, *de dol. mal. et met.*

sans examiner quel en est l'auteur (*a*). Lorsque la violence n'est pas imputable au demandeur, ou lorsqu'on ne peut la lui imputer faute de preuves qui établissent sa culpabilité, il faut donc préférer l'exception *metus causa* à l'exception *doli mali* qui, dans le cas contraire, ne serait pas moins avantageuse. En effet, quiconque use de violence commet par cela même un dol ; car le dol résulte des actes contraires à la bonne foi, et, dans sa généralité, l'exception *doli mali* les comprend tous (1).

1324. Il n'est même pas nécessaire qu'une fraude quelconque ait été commise avant la *litis contestatio*, ou, comme le suppose notre texte, au moment du contrat; il y a dol dans la persévérance même du demandeur lorsqu'il s'obstine à suivre une action dont il aperçoit l'iniquité, et alors on lui oppose l'exception *doli mali* (2). C'est ainsi, entre autres exemples, qu'on l'oppose à la revendication, dans tous les cas où elle tendrait à enrichir le propriétaire aux dépens du possesseur de bonne foi (3). C'est ainsi que le débiteur du pupille, après avoir payé sans autorisation du tuteur, évite de payer une seconde fois, du moins pour tout ce dont le pupille a profité dans le premier paiement [504]. C'est ainsi pareillement que le promettant, lorsqu'il n'a répondu que par erreur (*errore lapsus*), oppose l'exception de dol au stipulant qui voudrait profiter de sa méprise (4).

Lorsque l'erreur tombe sur l'objet stipulé, celui qui promet une chose pour une autre ne s'oblige pas [1000], et conséquemment n'a besoin d'aucune exception. L'erreur dont il s'agit ici est celle qui détermine à consentir, et le consentement qu'elle produit est valable d'après le droit civil, comme le consentement surpris par dol ou extorqué par violence : ainsi la sti-

(1) *Ulp. fr.* 4, § 33, *de dol. mal. et met.* — (2) *Ulp. fr.* 36, *de verb. obl.; fr.* 2, §§ 3 *et* 5, *de dol. mal. et met.; Pap. fr.* 12, *eod.* — (3) §§ 30, 32, 33 *et* 34, *de div. rer.* — (4) *Scævol. fr.* 17 ; *Ulp. fr.* 4, § 3, *de dol. mal. et met.*

(*a*) Le préteur, en accordant l'exception de dol, s'occupe uniquement du dol commis par le demandeur, *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat* (*Gaius*, 4 *inst.* 119. V. *Ulp. fr.* 2, § 1, *de dol. mal. et met.*); mais l'exception *metus causa* pose une question générale, celle de savoir s'il y a eu violence, sans examiner quel en est l'auteur, *si in ea re nihil metus causa factum est* (*Ulp. fr.* 4, § 33, *eod.*) ; en un mot, la première de ces deux exceptions est *in rem*, la seconde *in personam*.

pulation est valable, et le promettant ne peut éviter la condamnation qu'à l'aide d'une exception.

1325. Souvent, au lieu de donner l'exception *doli mali*, le préteur met en question le fait même d'où résulte le dol. Ainsi, par exemple, si le défendeur prétend que son adversaire avait promis de ne rien exiger, l'exception pourra être conçue dans les termes généraux, *si nihil dolo malo factum sit neque fiat*, ou se référer spécialement au fait allégué, *si non convenit ne ea pecunia peteretur* (1). Dans ce dernier cas, l'exception est *in factum* (2), en ce sens qu'il suffit au défendeur de prouver le fait dont l'existence matérielle a seule été mise en question, tandis que, dans le cas contraire, le juge doit non seulement constater le fait, mais aussi l'apprécier et le qualifier, pour décider s'il est ou non constitutif d'un dol. L'exception *in factum* suppose cette appréciation déjà faite par le magistrat qui a donné la formule, et le juge n'a plus à s'en occuper [1218]. Le choix entre l'exception de dol et l'exception *in factum* appartient au défendeur (3), lorsqu'il ne plaide pas contre un ascendant ou contre son patron; car alors, et par ménagement pour ces derniers, l'exception *doli mali*, comme l'action *de dolo*, se traduit toujours *in factum* (4)

§ II.

1326. La personne qui reçoit un *mutuum* s'oblige, et chacun le conçoit aisément. Si l'emprunteur est tenu de rendre, c'est parce qu'il a reçu : la cause de son obligation se trouve dans la somme qu'on lui remet, et c'est précisément pour l'obtenir qu'il s'engage à rendre plus tard une somme égale. Pareillement, si l'acheteur consent à payer un prix, c'est pour avoir une chose; et si le vendeur consent à livrer, c'est pour obtenir un prix. Ce prix, que doit l'acheteur, et qui par conséquent forme l'objet de son obligation, devient une cause pour celle du vendeur, et réciproquement l'objet que le vendeur s'engage à livrer devient la cause des engagements que l'acheteur prend relativement au prix. L'obligation de l'emprunteur, celles du vendeur et de l'acheteur, sont valables d'après le droit civil et d'après l'équité; mais, dans les contrats verbaux, on ne voit

(1) *Gaius, 4 inst. 119; Ulp. fr. 2, § 4, de dol. mal. et met.* — (2) *Text. hic. V. §§ 2, 3 et 4, h. t.* — (3) *Ulp. fr. 2, §§ 4 et 5, de dol. mal. et met.* — (4) *Ulp. fr. 4, § 16, eod. fr. 11, § 1, de dol. mal.*

pas aussi clairement pourquoi le promettant s'engage. Sans doute, lorsqu'il fait une donation, lorsqu'il veut, en se portant fidéjusseur, accomplir un mandat ou se rendre *negotiorum gestor*, le promettant trouve, dans sa libéralité ou dans son obligeance, une cause suffisante d'obligation : dans tout autre cas, au contraire, les engagements qui ne sont motivés que par le fait même de la stipulation constituent une obligation sans cause, conforme au droit civil, mais contraire à l'équité. Aussi, dans ce cas encore, le débiteur est-il protégé par l'exception de dol (1).

Les stipulations interviennent souvent à l'occasion d'un autre contrat, surtout à l'occasion du *mutuum;* et alors l'emprunteur se trouve, pour un seul et même objet, obligé de deux manières, *re* à raison des valeurs qu'il reçoit, et *verbis* au moyen de la stipulation (2). Souvent aussi la stipulation précède la numération des espèces qui doivent être réalisées plus tard, et qui ne le sont pas toujours : alors le promettant, qui n'a rien reçu, n'est pas obligé *re;* mais comme il a répondu à la stipulation, il se trouve obligé *verbis*. Telle est précisément l'hypothèse de notre texte; le demandeur exige une somme qu'il a stipulée *quasi credendi causa*, et qui n'a point été remise au promettant (*neque numeraverit*). Celui-ci est obligé par la stipulation (*cum ex stipulatu tenearis*), mais obligé sans cause, et conséquemment contre toute équité. On lui donnera donc l'exception de dol (3), ou l'exception *in factum* dite NON NUMERATÆ PECUNIÆ (4).

1327. Cette exception, soit que le créancier se prévale d'une stipulation ou d'un contrat littéral (5), est régie, quant à sa durée et quant aux preuves, par des règles spéciales.

En effet, lorsque le débiteur laisse passer un certain temps sans se plaindre, son silence est considéré comme un aveu tacite de la numération, et l'exception n'est plus accordée. Le délai dont il s'agit a varié : étendu d'un an à cinq ans par Aurélius ou plutôt par Dioclétien et Maximien (6), il est réduit à deux années par Justinien (7).

Le défendeur qui oppose une exception doit la prouver [1328];

(1) *Ulp. fr.* 2, § 3, *de dol. mol. et met.* — (2) *Ulp. fr.* 9, §§ 3, 4, 5, 6 *et* 7, *de reb. cred.* V. *fr.* 6. § 1, *de novat.; Paul. fr.* 126, § 2, *de verb. obl.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 116; *Ulp. fr.* 2, § 3, *de dol. mal. et met.* — (4) *Text. hic; Ulp. fr.* 4, § 16, *eod.* — (5) *Pr., de litter. obl.* — (6) *C. Gr., de caut. et non numer.* — (7) *Text. hic; pr., de litter. obl.; C.* 14, *pr. et* § 3, *de non numer. pecun.*

cependant l'exception *non numeratæ pecuniæ* rejette sur le demandeur la nécessité de prouver qu'il a compté les valeurs dont il s'agit (1).

1328. La question de savoir quelles preuves incombent en général au demandeur, quelles au défendeur, est soumise à deux règles dont il importe d'établir la concordance. La première, SEMPER NECESSITAS PROBANDI INCUMBIT ILLI QUI AGIT (2), paraît si générale, si absolue même, que pour exiger du défendeur certaines preuves qu'on lui impose quelquefois, les textes lui attribuent le rôle et même le titre de demandeur, *reus in exceptione actor est* (3). En effet, prouver c'est en général *actoris partes obtinere* (4).

La seconde règle EI INCUMBIT PROBATIO QUI DICIT, NON EI QUI NEGAT (5), est confirmée par cette observation que la preuve d'une dénégation est impossible (6). En généralisant cette seconde règle, on la fait trop souvent prévaloir : alors la première se restreint en ce sens que le demandeur est tenu de prouver lorsqu'il affirme, et seulement ce qu'il affirme ; que, de son côté, le défendeur prouve son exception, parce qu'ordinairement elle repose sur une assertion positive ; que dans le cas contraire, et par exemple dans l'exception *non numeratæ pecuniæ*, le défendeur n'est pas tenu de prouver son assertion négative : la preuve du fait contraire, et par conséquent affirmatif est rejetée sur le demandeur. De là on conclut que, réciproquement dans les actions négatoires, le demandeur n'a rien à prouver ; qu'il lui suffit d'agir pour forcer le défendeur à établir l'existence du droit qu'on lui dénie.

1329. Cette conclusion dogmatique est abusive, puisqu'elle détruit la première des deux règles. D'ailleurs il est formellement décidé (7) que le demandeur, lors même qu'il lui serait impossible de justifier sa prétention, ne peut rejeter sur le défendeur le fardeau de la preuve contraire, et c'est précisément pour justifier cette décision que le même texte ajoute *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*. En effet, entre deux adversaires dont l'un avance une proposition tandis que l'autre y résiste, sans avancer lui-même aucune proposi-

(1) *Anton. C.* 3 ; *Diocl. et Max. C.* 10, *eod.* — (2) § 4, *de legat.*; *Marcian. fr.* 21, *de probat.* — (3) *Ulp. fr.* 1, *de except.*; *fr.* 19, *de probat.* — (4) *Afric. fr.* 15, *de nov. op. nunciat.* — (5) *Paul. fr.* 2, *de probat.* — (6) *Diocl. et Max. C*, 23, *de probat.* — (7) *Diocl. et Max. d. C.* 23.

tion nouvelle, la preuve incombe toujours au premier *qui dicit*, et jamais au second *qui negat*, en ce sens qu'il reste sur la défensive; mais les rôles changent dès que le second avance de son côté une proposition quelconque : alors ce n'est plus lui *qui negat :* c'est lui *qui dicit :* il doit donc prouver ce qu'il soutient, quelque difficile que puisse être la preuve.

Ainsi entendue, la seconde règle concorde parfaitement avec la première. Le demandeur est toujours tenu de prouver son *intentio* confessoire ou négatoire (*a*), parce qu'elle énonce toujours sa prétention, c'est-à-dire une proposition qu'il met en avant; et par la même raison, le défendeur devient demandeur relativement aux exceptions qu'il oppose : il doit donc les prouver. S'il en est autrement dans l'exception *non numeratæ pecuniæ*, c'est probablement parce que des fraudes trop nombreuses ont nécessité à cet égard une dérogation qu'il ne faut pas généraliser.

§ III.

1330. Un créancier convient avec son débiteur de ne rien exiger. Lorsque le premier agit malgré cette convention, le défendeur a besoin d'une exception, si l'on suppose, avec notre texte, une obligation que le pacte n'a pu éteindre, par exemple celle qui résulte d'un *mutuum* ou d'une stipulation ; car les contrats consensuels se dissolvent par le simple consentement [1123]. La convention des parties suffit également pour rendre inefficace l'action *furti*, ou l'action *injuriarum*, et cela *ipso jure*, c'est-à-dire indépendamment de toute exception, parce qu'il existe à cet égard une disposition précise dans la loi des Douze Tables ([1]).

En admettant donc une action de droit strict (*si paret dare oportere*), fondée sur une obligation que le droit civil considère

([1]) *Paul. fr.* 17, § 1, *de pact.*

(*a*) Africain (*fr.* 15, *de op. nov. nunciat.*) suppose que celui contre qui l'on veut intenter l'action négatoire refuse d'y défendre : dans ce cas, il est forcé de garantir qu'il n'entreprendra rien avant d'avoir lui-même intenté l'action confessoire, *jus sibi esse*. Ainsi, ajoute le jurisconsulte, la partie qui n'accepte pas le rôle de défendeur, est punie de son refus, par la nécessité où elle se trouve de prouver son propre droit. N'est-ce pas décider que, dans le cas contraire, celui qui défend à l'action négatoire n'a rien à prouver [V. 1305] ?

comme toujours existante malgré la convention des parties, le préteur accordera l'exception IN FACTUM dite PACTI CONVENTI [1] ou l'exception de dol [1325].

§ IV.

1331. Le créancier qui propose, et le débiteur qui accepte le serment volontaire sur l'existence de la dette, conviennent que le créancier n'exigera rien, si le prétendu débiteur jure ne rien devoir (*nihil se dare oportere*). Cette convention est un pacte conditionnel ; on pourrait donc appliquer ici tout ce qu'on a dit sur le paragraphe précédent [2] et donner l'exception PACTI [3] ; mais il existe pour ce cas particulier une exception spéciale dite *jurisjurandi*.

Ainsi, le préteur accorde cette exception lorsque la prestation du serment est contestée [4] ; car autrement, si le fait que l'exception doit mettre en question est avoué *in jure*, le préteur refuse l'action [1174], et conséquemment le débiteur n'a pas à se défendre. En généralisant cette distinction, on comprend comment une même règle, par exemple, la prohibition du Sc. Macédonien, s'applique tantôt par un refus d'action [5], tantôt par une exception qui suppose nécessairement l'action donnée [6].

C'est ainsi que, pour appliquer le rescrit d'Adrien sur le bénéfice de division entre fidéjusseurs, l'action demandée contre l'un d'eux est accordée pour sa part, et conséquemment refusée pour la part des autres [1021], si leur solvabilité n'est pas contestée ; tandis que dans le cas contraire l'action se donne pour la totalité, mais avec cette exception SI NON ET ILLI SOLVENDO SINT [7].

1332. Jusqu'ici on a vu l'exception de dol et plusieurs autres exceptions analogues opposées aux actions personnelles de droit strict ; elles sont également nécessaires contre les actions réelles et conséquemment contre plusieurs actions arbitraires, notamment contre la revendication, lorsque le possesseur veut arguer du dol [8], de la violence [9], et même du serment à lui déféré, s'il prétend avoir juré que la chose lui appartient ou

[1] *Text. hic, Gaius*, 4 *inst.* 116. — [2] *Ulp. fr.* 2, *de jurejur.* — [3] *Ulp. fr.* 25, *eod.* — [4] *Ulp. fr.* 9, *eod.* — [5] § 7, *quod cum eo ; Ulp. fr.* 1 ; *fr.* 7, § 6, *de sc. maced.* — [6] *Ulp. fr.* 7, §§ 4, 7, 8 *et* 10, *eod.* — [7] *Paul. fr.* 28, *de fidej.* — [8] §§ 30, 32, 33 *et* 34, *de dir. rer.* — [9] *Gaius*, 4 *inst.* 117.

qu'elle n'appartient pas à son adversaire [1]. Dans les actions de bonne foi, l'exception de dol, et par suite toutes les exceptions *in factum* fondées sur l'équité [1246], sont inutiles parce que l'*intentio* qui prescrit au juge de statuer *ex fide bona* lui soumet par cela même l'appréciation du dol qui est incompatible avec la bonne foi ; mais au contraire on a toujours besoin d'une exception pour faire admettre toute autre défense qui ne contredit pas directement l'*intentio*. C'est ainsi que plusieurs exceptions se trouvent fréquemment ajoutées aux actions de bonne foi ou aux actions prétoriennes, entre autres l'exception *jurisjurandi* aux actions *in factum* [2], parce que le serment prêté ne change rien au fait que l'*intentio* met en question ; l'exception *justi dominii* à l'action publicienne, parce que le défendeur, en se prétendant propriétaire, ne combat point directement l'usucapion fictive dont se prévaut le demandeur ; l'exception *rei judicatæ* aux actions de droit strict ou même aux actions de bonne foi, parce que l'autorité de la chose jugée ne détruit pas toujours la prétention du demandeur [1335].

§ V.

1333. Le jugement des hommes n'est jamais infaillible, et par cette raison même il importe de s'en tenir à une décision prise ; car un examen nouveau de la même question ne garantirait pas d'une erreur nouvelle. La prolongation du litige et de ses incertitudes produit, sans avantage réel, d'inextricables complications [3] ; enfin, la multiplicité des procès cause, dans la société civile, un trouble permanent. On peut sans doute, lorsqu'on admet l'appel, établir que la cause, jugée en premier ressort, sera soumise de nouveau à un juge supérieur ; mais il faut toujours s'arrêter en considérant comme juste, lors même qu'elle ne le serait pas [4], une décision qui doit être finale. De là vient l'autorité de la chose jugée, qui peut n'être pas la vérité, mais qui en tient lieu : RES JUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR [5].

De là cette conséquence qu'après avoir agi contre une personne, il ne faut pas agir une seconde fois contre elle pour le

(1) *Ulp. fr.* 1, *de jurejur.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.* — (3) *Paul. fr.* 6, *de except. rei jud.* — (4) *Mæcian. fr.* 65, § 2, *ad. sc. trebell.* — (5) *Ulp. fr.* 207, *de reg. jur.* V. *Modest. fr.* 1, *de reg. jur.*

même sujet. Aussi, lorsqu'il délivre une nouvelle action contre le défendeur qui prétend avoir été absous, le préteur subordonne-t-il la condamnation à la non-existence d'une décision antérieure, *si ea res judicata non sit* (1).

1334. L'autorité de la chose jugée, toute nécessaire qu'elle soit, consacre quelquefois des erreurs que l'exception *rei judicatæ* rend irréparables. Cette exception ne tend donc pas, comme les précédentes, à faire prévaloir l'équité et la bonne foi sur le droit strict : aussi n'est-elle sous-entendue dans aucune action. On l'ajoute aux actions *bonæ fidei* (2) comme aux autres, dans l'hypothèse, bien entendu, où le demandeur ne convient pas qu'il y a chose jugée ; car autrement le préteur refuserait l'action [1331].

Mais dans ce cas même l'exception est-elle nécessaire? L'autorité de la chose jugée étant un principe fondamental du droit civil, son application n'entre-t-elle pas *ipso jure* dans l'office du juge? Elle y entrait toujours dans le système des actions de la loi, lorsque les exceptions étaient encore inconnues (3), mais dans la procédure formulaire, toute allégation du défendeur qui ne combat point directement l'*intentio* nécessite une exception : or la décision du juge sur une action *in factum* ou sur une action réelle ne détruit ni le fait qui était en question, ni le droit du demandeur. Lorsque celui-ci vient de nouveau soutenir l'existence du même fait, ou se dire propriétaire du même objet, son *intentio* reste vraie, quoiqu'il ait succombé une fois : le défendeur ne peut donc se prévaloir de la chose jugée qu'au moyen d'une exception (4). Il en serait de même pour les actions personnelles *in jus*, si l'obligation qui leur sert de base subsistait encore ; mais la novation qui résulte de la *litis contestatio* [1175, 1312] libère le défendeur et rend l'exception *rei judicatæ* superflue.

1335. Toutefois on distinguait, à cet égard, les instances ou *judicia* qui *legitimo jure consistunt*, autrement dits *judicia legitima*, et ceux qui *imperio continentur*. L'effet de ces derniers se conservait et cessait avec l'*imperium*, c'est-à-dire avec l'autorité du magistrat qui avait donné l'action (5), tandis que les *judicia legitima* avaient une durée fixe, limitée à dix-huit mois par une des deux lois *Julia judiciaria* (6). Il n'y avait de

(1) *Ulp. fr.* 9, § 2, *eod.* — (2) *Sever. et Ant. C.* 3, *de judic.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 108. — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 106 *et* 107. — (5) *Gaius*, 4 *inst.* 105. — (6) *Gaius*, 4 *inst.* 104.

judicium legitimum qu'à Rome ou dans un rayon d'un mille autour de cette ville; et dans cette limite même il fallait que l'action, donnée entre citoyens, renvoyât les parties devant un seul juge citoyen comme elles. Autrement, la distance, la pluralité des juges ou la qualité de *peregrinus*, soit dans le juge, soit dans l'une des parties, suffisait pour que le *judicium* fût *imperio continens*, sans distinguer si l'action dérivait du droit civil ou du droit prétorien (¹).

Dans les *judicia legitima*, l'obligation du défendeur poursuivi par une action personnelle *in jus* était toujours novée et conséquemment éteinte par la *litis contestatio :* il n'avait donc besoin d'aucune exception pour se défendre contre une nouvelle action (²); mais dans tout autre cas il ne s'opérait aucune novation, et rien n'empêchait le défendeur absous d'être poursuivi de nouveau, même par une action personnelle *in jus*. Il avait donc besoin d'une exception pour faire prévaloir l'autorité de la chose jugée (³).

Sous Justinien, les distinctions précédentes ne sont plus admissibles (*a*). Néanmoins le système du *judicium imperio continens* était moins étranger à Constantinople et à son empire tout provincial, que le système du *judicium legitimum :* aussi l'empereur a-t-il placé ici un texte qui déclare l'exception *rei judicatæ* indispensable même dans une action personnelle (*sive in rem sive in personam*), parce que l'obligation subsiste toujours, *nihilominus obligatio durat.*

1336. L'autorité de la chose jugée empêche, comme nous l'avons vu [1333], de renouveler un procès terminé. L'exception *rei judicatæ* profitera donc au défendeur dans tous les cas où l'action tendrait à ouvrir un nouveau débat sur la même question (⁴), ou, comme le dit notre texte (*de eadem re*), sur la même cause, la même affaire. Or le procès n'est plus le même, lorsqu'il se renouvelle entre d'autres personnes (⁵) : car la chose jugée pour ou contre une personne n'a d'autorité que

(¹) *Gaius*, 4 *inst.* 104, 105 *et* 119.— (²) *Gaius*, 3 *inst.* 181 ; 4 *inst.* 107.—(³) *Gaius*, 3 *inst.* 180, 181 ; 4 *inst.* 106.— (⁴) *Ulp. fr.* 3 ; *fr.* 7, § 4 ; *Marcian. fr.* 19, *de except. rei jud.* — (⁵) *Paul. fr.* 22 ; *Ulp. fr.* 7, § 4, *eod.*

(*a*) Il en existe des traces au Digeste (V. *Paul. fr.* 20, § 1; *fr.* 25, *de dol. mal.*). Dans le premier de ces deux textes, l'action *pro socio* est totalement éteinte ; dans le second, elle subsiste, sauf l'exception *rei judicatæ*. Cujas a cherché une explication qu'il n'aurait pas adoptée, s'il avait connu les Institutes de Gaïus.

pour ou contre elle (*a*), et pour ou contre ceux qui lui ont succédé ([1]), qui l'ont représentée dans le procès [1303], ou qui se confondent avec elle, comme un père de famille avec les enfants soumis à sa puissance ([2]). Entre les mêmes personnes la question, et par conséquent l'affaire n'est plus la même, dès qu'on ne demande pas, en tout ou en partie ([3]), le même corps, la même quantité ou le même droit qu'on avait inutilement demandé ([4]). Enfin, entre les mêmes parties, et relativement au même objet, l'affaire cesse encore d'être la même quand la nouvelle action soulève une question différente, par exemple, lorsqu'après avoir revendiqué on agit par condiction (*b*); lorsqu'il existe pour accueillir la prétention d'une partie ou pour condamner son adversaire, une cause, *causa petendi* ([5]), à laquelle ne s'applique point la chose jugée, c'est-à-dire à l'égard des actions personnelles, une autre obligation ([6]), et à l'égard des actions réelles, un droit nouveau pour le demandeur (*c*),

([1]) *Ulp. fr.* 11, §§ 3, 9 *et* 10; *Pap. fr.* 28, *eod.*; *Anton. C.* 2, *de except.* — ([2]) *Ulp. fr.* 4; *fr.* 11, §§ 7 *et* 8, *de except. rei jud.* — ([3]) *Ulp. fr.* 7, *pr. et* § 1; *Pomp. fr.* 21, § 1: *Afric. fr.* 26, § 1, *eod.* — ([4]) *Ulp. et Paul. fr.* 12 *et* 13, *eod.* — ([5]) *Paul. fr.* 15, *eod.* — ([6]) *Paul. d. fr.* 41, § 2.

(*a*) Res inter alios judicatas aliis non præjudicare (*Macer. fr.* 63, *de re judic.*). Voyez Ulpien (*fr.* 1, *de except. rei jud.*), Paul (*fr.* 16, *qui potior*), et le titre du Code (*liv.* 7, *tit.* 60) inter alios acta vel judicata aliis non nocere.

(*b*) *Paul. fr.* 31, *de except. rei jud.* En effet, il s'agit de savoir dans la revendication si le demandeur est propriétaire, et dans la condiction, au contraire, si son adversaire doit lui conférer la propriété, si paret eum dare oportere. Plusieurs textes accordent l'exception de la chose jugée contre le demandeur qui redemande le même objet même par une autre action (*Ulp. fr.* 5; *fr.* 7, § 4, *eod.*). Cette décision s'applique dans le cas où l'on aurait à choisir entre plusieurs actions concourant au même but. Après avoir opté pour l'une d'elles, on ne peut plus revenir aux autres (V. *Julian. fr.* 8; *fr.* 25, § 1, *eod.*) : car on ne doit pas plaider de nouveau sur la même question, même en exerçant une action différente (*Ulp. fr.* 7, §§ 4 *et* 5; V. *fr.* 3, *eod.*).

(*c*) *Ulp. fr.* 11, § 4; *Julian. fr.* 25, *de except. rei jud.* Une seule et même chose peut devenir l'objet de plusieurs obligations différentes, et conséquemment être due plusieurs fois en même temps, par le même débiteur, au même créancier. Aussi après avoir jugé que cette chose n'est pas due en vertu de telle obligation, peut-on juger, sans contradiction, qu'elle est due en vertu de telle autre. En matière de revendication, il n'en est pas de même : nul ne peut acquérir ce qui lui appartient déjà [1232], et lorsqu'on se dit propriétaire, la question du procès embrasse toutes les causes d'acquisitions antérieures au litige, du moins lorsque le demandeur n'a pas spécifié en quelle qualité et en vertu de quelle cause il prétend être déclaré propriétaire (*Paul. fr.* 14, § 2, *eod*); mais celui qui a revendiqué en vertu de telle ou telle acquisition peut, sans craindre l'exception de la chose jugée, soutenir que le même objet lui était acquis par tout autre moyen (*Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.*).

ou une possession nouvelle pour le défendeur qui a été absous précisément parce qu'il ne possédait pas ([1]). Dans ces différents cas, en effet, on peut sans contradiction condamner le défendeur qui a été absous, et réciproquement.

1337. L'existence de la chose jugée peut, comme celle du serment [1216], être controversée dans deux sens opposés, soit, comme nous l'avons admis jusqu'ici, lorsqu'elle est niée par le demandeur et affirmée par le défendeur qui prétend avoir été absous, soit au contraire lorsqu'elle est affirmée par le demandeur et niée par la personne qu'il prétend avoir été condamnée. On accorde, dans le premier cas, l'exception *rei judicatæ*, et dans le second, une action dont l'objet direct est précisément de savoir s'il y a chose jugée ([2]). Cette action, dite *judicati*, produit une condamnation au double [1242].

§ VII.

1338. Le système des exceptions a été d'abord introduit par le droit prétorien, et ensuite adopté par le droit civil, comme celui des possessions de biens que le préteur accorde quelquefois *uti ex legibus*, etc. [901]. Aussi distinguons-nous ici les exceptions qui dérivent soit du droit prétorien lui-même (*ex ipsius prætoris jurisdictione*), comme l'exception de dol, l'exception *metus causa* [1323], soit des lois ou des autres sources du droit civil qui ont la même autorité (*legis vicem obtinent*). Ainsi, le fidéjusseur, en vertu du rescrit d'Adrien, évite une condamnation totale par le moyen d'une exception [1331]. C'est aussi par l'exception de dol, et en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle, que la compensation a été admise dans les actions de droit strict [1274]. Plusieurs modifications apportées à l'IPSUM JUS, c'est-à-dire au droit primitif, par les sénatus-consultes, notamment par le Trébellien et le Macédonien, s'appliquaient également par voie d'exception [782, 1331].

Les lois, par exemple la loi Falcidie, s'appliquent souvent *ipso jure* [769]. Cependant on cite des lois dont les dispositions ne profitent au défendeur que par voie d'exception. Telle est notamment la loi Julia [1348], qui a introduit le bénéfice de

([1]) *Ulp. fr. 9; fr. 18; Gaius, fr. 17, de except. rei jud.* — ([2]) *Macer. fr. 1, quæ sent. sine appell.*

cession, et par suite l'exception NISI BONIS CESSERIT ([1]). Telle est aussi la loi Cincia qui, en exceptant quelques personnes, et notamment certains parents du donateur ([2]), défendait de donner à tout autre donataire au delà d'une valeur déterminée, valeur dont le taux est resté inconnu.

1339. Malgré cette prohibition, le donateur n'avait aucune action pour revendiquer la partie des objets donnés qui excédait le taux légal (*a*); mais il pouvait se défendre par une exception, toutes les fois que le donataire agissait contre lui comme propriétaire des objets donnés ([3]). De là cette conséquence, que la prohibition restait impuissante dans tous les cas où le donataire n'avait pas besoin d'agir, c'est-à-dire toutes les fois qu'on lui avait conféré la propriété et la possession. La tradition seule a toujours rempli ce double but pour les choses *nec mancipi*, tandis que, pour les choses *mancipi*, il fallait transférer la propriété par mancipation ou par *cessio in jure*, et la possession par tradition ([4]). A ce moyen, le donataire, n'ayant pas besoin d'agir contre le donateur, ne craignait pas l'exception de la loi Cincia, du moins lorsqu'il s'agissait d'immeubles ; car, pour les meubles, celui qui en avait transféré la propriété et la possession pouvait quelquefois reprendre cette dernière par l'interdit *utrubi* [1358, 1364], et dans ce cas, le donataire, réduit à revendiquer contre le donateur, était repoussé par l'exception de la loi Cincia. Il n'était donc en parfaite sécurité que lorsqu'il n'avait plus à redouter l'interdit *utrubi* ([5]).

Ceci démontre que les différents moyens indiqués pour garantir le donataire ne sont pas des formes établies par la loi Cincia pour la validité des donations en général, mais plutôt des précautions communément employées afin d'éluder la prohibition, et admises dans l'usage pour toute donation qui *supra modum legitimum facta est* ([6]). Aussi les mêmes moyens ne sont-ils pas indiqués aux personnes que la loi Cincia exceptait

([1]) § 4, *de replic.* — ([2]) *Paul. fragm. vatic.*, § 298 *et seqq.* — ([3]) *Paul. fr.* 5, § 2, *de dol. mal. et met.* — ([4]) *Fragm. vatic.*, §§ 311 *et* 313. — ([5]) *Paul. fragm. vatic.*, § 311. — ([6]) *Paul. d. fr.* 5, § 2, *de dol. mal. et met.*; *fragm. vatic.*, § 313.

(*a*) La donation n'est pas nulle même pour l'excédant (*Ulp. reg.* 1). Les textes qui donnent une action au donateur ne lui donnent que la *condictio indebiti*, dans un cas que nous expliquerons ci-après.

de sa prohibition, précisément parce qu'on ne pouvait leur opposer aucune exception (1).

Quand le donateur, au lieu de transférer la propriété, s'obligeait simplement *donationis causa*, on ne pouvait, au moyen des même précautions, excéder le taux légal. Le donataire, n'ayant d'autre garantie qu'une action personnelle, pouvait toujours être repoussé par l'exception de la loi Cincia (2). Le paiement fait par le donateur ne suffisait même pas à la sécurité du donataire, parce que ce paiement était sujet à répétition (3).

§§ VIII et IX.

1340. Les exceptions se divisent en péremptoires et dilatoires, ou, ce qui revient au même, en perpétuelles et temporaires. Les premières sont inévitables, tandis que le demandeur peut éviter les exceptions temporaires (4), soit en agissant plus tard, soit en agissant par telle personne plutôt que par telle autre [1343]; et comme ces précautions laissent au défendeur un délai, *temporis dilationem* (5), de là vient que les exceptions temporaires ont été appelées dilatoires. Cette division ne tient donc pas au résultat que produisent les différentes exceptions, mais à leur durée.

En effet, elles sont perpétuelles ou temporaires comme les actions [1312], en ce sens que les premières peuvent toujours être demandées au préteur, et sont toujours insérées dans la formule, quelle que soit l'époque à laquelle le demandeur agit, quel que soit son procureur ou son *cognitor*. C'est ainsi que l'exception de dol est perpétuelle, parce qu'elle se donne en tout temps, par opposition à l'action *de dolo* qui est temporaire (*a*).

Sont également perpétuelles ou péremptoires les exceptions qui résultent des lois, des sénatus-consultes, et sans doute des

(1) *Paul. fragm. vatic.*, § 310.— (2) *Ulp. fragm. vatic.*, § 266; *Javol. fr.* 24, *de donat.* — (3) *Ulp. ibid.* V. *Cels. fr.* 21, § 1, *de donat.* — (4) *Gaius, fr.* 3, *h. t.* V. 4 *inst.* 121. — (5) § 10, *h. t.*

(*a*) V. 1260. L'exception est perpétuelle, lors même que l'action est temporaire, parce qu'il ne dépend pas du défendeur que l'action soit intentée contre lui avant telle ou telle époque (*Paul. fr.* 8, § 6, *de dol. mal. et met.*; V. *Diocl. et Max. C.* 5 *et* 6, *de except.*). De là vient cette maxime : *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.*

constitutions. Telles sont aussi, parmi les exceptions prétoriennes, l'exception *metus causa*, et l'exception *pacti conventi*, lorsque le demandeur est convenu de ne jamais rien exiger, *ne omnino peteretur* (1).

§ X.

1341. Dans le cas contraire, le créancier qui est convenu de ne rien exiger avant une certaine époque, par exemple, avant cinq ans, ne peut craindre qu'une exception dilatoire, qu'il évitera en différant d'agir, c'est-à-dire de demander une action, jusqu'à l'expiration du délai convenu. Autrement l'exception jointe à la formule en paralyserait l'effet, et le demandeur, agissant de nouveau, lorsque l'exception dilatoire n'est plus à craindre, agirait encore inutilement, parce que la même affaire a déjà été l'objet d'un JUDICIUM (*rem in judicium deducebant et consumebant*), d'où résulterait contre la seconde action une exception péremptoire (2), qui est sans doute l'exception de la chose jugée (3).

1342. L'inobservation du délai accordé par un pacte postérieur au contrat fournit au défendeur une exception; celle du terme convenu dans le contrat même entraînait plus-pétition [1261]. Justinien, supprimant cette différence, veut que dans l'un et l'autre cas le demandeur puisse agir de nouveau, mais seulement après un délai double du premier, et après avoir remboursé à son adversaire les dépens du premier procès, le tout par extension d'une constitution de Zénon [1264].

§ XI.

1343. Les exceptions dilatoires sont en petit nombre. A celle que mentionne Justinien, Gaïus en joint deux autres qui sont dilatoires *ex tempore* (4), comme les précédentes, parce qu'on les évite en retardant l'action.

Il est d'autres exceptions dilatoires dites *procuratoriæ* et *cognitoriæ*, auxquelles on s'expose en choisissant pour procureur ou pour *cognitor* une personne incapable d'agir en cette qualité, tandis qu'on les évite en faisant un autre choix ou en

(1) § 9, *h. t.*; *Gaius*, 4 *inst.* 121; *fr.* 3, *de except.* — (2) *Gaius*, 4 *inst.* 123. — (3) *Theoph. hic.* — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 124.

agissant soi-même. Ces exceptions, puisqu'on peut les éviter, sont dilatoires, non pas *ex tempore*, mais *ex persona* [1].

Parmi les causes qui empêchaient d'agir pour autrui comme procureur, sont le service militaire [2], et l'infamie, soit du procureur lui-même, soit du constituant. En conservant le premier de ces deux empêchements, Justinien atteste et confirme expressément la désuétude du second.

[1] *Text. hic*, *Gaius*, 4 *inst.* 124; *Ulp. fr.* 2, § 4, *de except.* — [2] *Alex. C.* 7, *de procur.*

TITRE XIV.

DES RÉPLIQUES.

Il arrive quelquefois qu'une exception, juste au premier aspect, oppose un obstacle inique. Dans ce cas et pour aider le demandeur, on a besoin d'une nouvelle allégation qui s'appelle réplique, parce qu'elle repousse et détruit l'effet de l'exception. Ainsi, par exemple, un créancier convient avec son débiteur de ne rien exiger; ensuite, par une convention contraire, il est dit que le créancier pourra exiger; ce dernier poursuit; et le débiteur oppose une exception pour n'être condamné qu'autant que le créancier ne serait pas convenu de ne rien exiger. Cette exception nuit au créancier; car la convention a eu lieu, et ce fait reste vrai, malgré la convention faite plus tard en sens contraire. Toutefois comme il serait inique d'exclure le créancier, on lui donnera une réplique fondée sur le dernier pacte.

1. Il arrive quelquefois aussi que la réplique, juste au premier

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS.

Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis: veluti, cum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat. Si creditor agat, et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint; sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

1. Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie

justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi rei gratia : quæ duplicatio vocatur.

2. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur : quæ dicitur triplicatio.

3. Quarum omnium exceptionum usum, interdum ulterius quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

4. Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, et recte : quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si cum ipsis pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari : ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem NISI BONIS CESSERIT; sed hæc exceptio

aspect, produit un effet inique. Alors et pour aider le défendeur, on a besoin d'une autre allégation qui s'appelle duplique.

2. Pareillement encore, si la duplique, juste au premier aspect, oppose au demandeur un obstacle inique, on a encore besoin, pour aider celui-ci, d'une autre allégation qu'on nomme triplique.

3. Cette série d'exceptions que la diversité des affaires met en usage, se prolonge quelquefois au delà des exceptions que nous avons citées. Le Digeste les fera toutes connaître avec plus de détail et de facilité.

4. Les exceptions qui protégent le débiteur, sont ordinairement accordées à ses fidéjusseurs, et avec raison; car demander à ces derniers, c'est en quelque sorte demander au débiteur lui-même, puisque l'action de mandat l'oblige à leur restituer ce qu'ils ont payé pour lui. Ainsi, dans le cas même où le créancier convient avec son débiteur de ne rien exiger, on a décidé que l'exception du pacte profite à ceux qui se sont obligés pour le débiteur, comme si la même convention avait été faite avec eux. Il est cependant certaines exceptions qu'on n'accorde point aux fidéjusseurs. Ainsi, par exemple, le débiteur qui a fait cession de biens, et qui est poursuivi par son créancier, se défend par l'exception « s'il n'a pas fait cession de biens »; mais cette exception ne se donne pas aux fidé-

jusseurs : en effet, lorsqu'ils s'obligent pour le débiteur, c'est surtout pour garantir au créancier qu'il sera payé par eux si le débiteur devient insolvable.

fidejussoribus non datur, ideo scilicet quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi.

EXPLICATION.

PR.

1344. Le demandeur, auquel on oppose une exception, peut toujours y défendre, comme on défend à une action [1320], par la dénégation et la contradiction directe de ce que prétend le défendeur. Ainsi, contre l'exception de dol, contre les exceptions *rei judicatæ* ou *pacti conventi*, le demandeur soutiendra qu'il n'a commis et ne commet aucun dol, qu'il n'y a ni chose jugée ni convention faite entre son adversaire et lui ; mais si, au lieu de contredire l'exception, il veut s'en garantir indirectement, en invoquant des circonstances prises en dehors de l'exception même, le demandeur ne doit plus être entendu. Il soulève alors une question nouvelle, et le juge ne doit l'examiner qu'autant que le préteur l'aura posée, en ajoutant à la formule une condition spéciale, dont la vérification, paralysant l'exception, empêche l'absolution du défendeur et reproduit la nécessité d'une condamnation.

Cette addition (*a*) faite à la formule dans l'intérêt du demandeur s'appelle réplique.

1345. Justinien donne un exemple facile à comprendre. Observons donc seulement que la nécessité d'une réplique vient de ce que l'exception est ici posée *in factum*, et conséquemment subordonnée à l'existence du premier pacte, c'est-à-dire à un fait matériel et inflexible que ne dément ni ne détruit l'existence d'un second pacte. Il en serait autrement si l'exception avait été posée *de dolo;* car alors le juge, devant apprécier tous les faits constitutifs du dol, apprécierait les deux conven-

---

(*a*) ADJECTIONE *opus est* (*Gaius*, 4 *inst.* 126, 127, 128). Notre texte remplace *adjectione* par ALLEGATIONE (*pr.*, §§ 1 *et* 2, *h*, *t.*), parce que, dans le Bas-Empire, il n'existe plus de formules.

tions, et par elles la bonne ou la mauvaise foi des parties. La réplique serait donc inutile.

Voici un autre exemple : Une chose a été vendue et livrée *non a domino*. PRIMUS, propriétaire, agit en revendication contre SECUNDUS, acheteur, qui est absous. Plus tard, l'objet passe entre les mains de Primus, qui l'avait inutilement revendiqué, et SECUNDUS agit à son tour par l'action publicienne, qui, dans ce cas, sera repoussée par l'exception *justi dominii*, si PRIMUS prouve qu'il est propriétaire [1193]. Toutefois, comme la question de propriété a déjà été jugée entre les mêmes parties, on ne doit plus la juger de nouveau [1333]. Sur cette question, si elle était soulevée comme question principale dans une revendication renouvelée contre lui, SECUNDUS invoquerait, au moyen d'une exception, l'autorité de la chose jugée, et pareillement dans l'action publicienne, lorsque la propriété est mise en question par l'exception *justi dominii*, SECUNDUS peut combattre cette dernière en se prévalant de la chose jugée, comme il s'en prévaudrait contre la revendication.

1346. Ici cette question de chose jugée se présente sous la forme d'une exception qui, dans le cas particulier, se trouvant opposée à l'exception *justi dominii*, formera une réplique [1]. Alors le juge a trois questions à examiner, savoir : 1° la question principale qui résulte de l'action ou plutôt de son *intentio;* 2° celle qui est posée dans l'intérêt du défendeur, par l'exception en général, et dans le cas particulier par l'exception JUSTI DOMINII, *si non ejus sit res;* 3° enfin, la question de chose jugée, *si ea res judicata non sit*, posée dans l'intérêt du demandeur par la réplique.

La réplique, en effet, n'est rien autre chose qu'une exception en sens inverse, opposée par le demandeur au défendeur, en un mot l'exception d'une exception, *contraria exceptio*, *quasi exceptionis exceptio* [2].

§§ I, II et III.

1347. Les mêmes motifs qui nécessitent contre l'action une exception, et contre l'exception une réplique, nécessitent quelquefois contre la réplique une duplique, contre celle-ci une triplique, et ainsi de suite à l'infini ; car on ne prévoit pas quelle

(1) *Julian. fr.* 24, *de except. rei jud.* — (2) *Paul. fr.* 22, § 1, *de except.*

sera la limite possible des questions ainsi posées dans l'intérêt du défendeur et dans celui du demandeur alternativement.

Toutefois les Pandectes, auxquelles nous renvoie Justinien, n'offrent aucune exception qui dépasse la duplique, et la duplique elle-même ne s'y trouve qu'une seule fois (*a*).

Dans cet exemple unique, le dol du demandeur est mis en question par la duplique, comme il l'est si souvent par l'exception proprement dite. Le dol du défendeur peut aussi devenir l'objet d'une réplique ([1]), pourvu qu'elle ne soit pas opposée à l'exception de dol ; car lorsqu'il y a dol réciproque, on craindrait, en condamnant le défendeur, que son adversaire ne profitât de la fraude commune. On refuse donc la réplique, et alors l'action, paralysée par l'exception *doli mali*, reste sans effet ([2]).

§ IV.

1348. Les exceptions qui appartiennent au débiteur principal sont accordées, même contre sa volonté ([3]), à ses fidéjusseurs, et en général à tous ceux qui sont obligés pour lui ([4]). Telle est du moins la règle générale (*plerumque*) ; car plusieurs exceptions tiennent à la personne du débiteur, *personæ cohærent*, en ce sens qu'elles ne profitent qu'à lui seul, et par conséquent ne se donnent point à ses fidéjusseurs ([5]) : telle est notamment l'exception résultant de la cession de biens [1268], sans doute parce que la cession de biens dérive elle-même d'une cause que la fidéjussion doit précisément garantir, c'est-à-dire de l'insolvabilité du principal obligé ([6]).

Quant aux exceptions *rei cohærentes* comme elles tiennent à l'obligation plutôt qu'à la personne du débiteur, on les accorde à ceux qui sont obligés pour lui, lorsque tel est l'intérêt du débiteur même ([7]), c'est-à-dire lorsque ceux-ci pourraient recourir contre lui par l'action de mandat ou par l'action *nego-*

([1]) *Sever. et Ant. C.* 2, *de judic.; Ulp. fr.* 4, § 14, *de dol. mal. et met.* — ([2]) *Ulp. d. fr.* 4, § 13. — ([3]) *Julian. fr.* 15, *de fidej.; Marcian. fr.* 19, *de except.* — ([4]) *Ulp. fr.* 32, *de fidej.; fr.* 9, § 3, *de sc. maced.* — ([5]) *Paul. fr.* 7, *de except.* — ([6]) *Text. hic, in fin.* — ([7]) *Paul. fr.* 21, § 5, *de pact.*

(*a*) *Julian. fr.* 7, § 1, *de curat. fur.* Dans ce texte, comme dans celui d'Ulpien (*fr.* 2, § 3, *de except.*), la duplique est appelée triplique, sans doute parce qu'elle vient en troisième ordre, après l'exception proprement dite et après la réplique.

tiorum gestorum ; car, à raison de ce recours, le créancier qui agit contre le fidéjusseur agit indirectement contre le débiteur même (1). Aussi, dans tous les cas où ce recours n'aurait pas lieu, les exceptions qui appartiennent au débiteur ne se donnent-elles à aucun autre (2).

Parmi les exceptions *rei cohærentes*, telles que les exceptions tirées du dol, de la violence, de la chose jugée, etc., etc., se trouve aussi l'exception *pacti conventi*, ce qui suppose un pacte fait *in rem*, d'une manière générale (3), comme se fait ordinairement le pacte *de non petendo*. Quelquefois, au contraire, le créancier consent à ne rien exiger du débiteur même avec qui le pacte est convenu (4), et alors la convention ne profite ni aux héritiers de celui-ci, ni aux personnes qui sont obligées pour lui (5).

(1) *Text. hic ; Ulp. fr.* 29, *de recept. qui arbitr.* — (2) *Paul. fr.* 32, *de pact.; Ulp. fr.* 9, § 3, *de sc. maced.* — (3) *Paul. fr.* 7, § 1, *de except.* — (4) *Ulp. fr.* 7, § 8, *de pact.* — (5) *Paul. fr.* 25, § 1, *eod.* V. 1180.

TITULUS XV.

DE INTERDICTIS.

Sequitur ut dispiciamus de interdictis *seu actionibus quæ pro his exercentur.* Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat : quod tunc maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

1. Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus vetat aliquid fieri : veluti, vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei jus erat infe-

TITRE XV.

DES INTERDITS.

Nous avons maintenant à parler des interdits, ou des actions qui en tiennent lieu. Les interdits étaient des formules conçues en termes solennels, par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait certaines choses, particulièrement dans les contestations sur la possession ou la quasi-possession.

1. La division principale des interdits distingue des interdits prohibitoires, restitutoires ou exhibitoires. Sont prohibitoires les interdits par lesquels le préteur défend quelque chose, soit par exemple de faire violence à ceux qui ont une possession non vi-

cieuse, à ceux qui transportent un mort là où ils ont le droit d'inhumer, soit de bâtir sur un terrain sacré, soit de faire dans un fleuve public ou sur sa rive aucun ouvrage nuisible à la navigation. Sont restitutoires les interdits par lesquels le préteur ordonne de restituer quelque chose, soit par exemple de restituer au possesseur de biens la possession des objets héréditaires qu'un autre possède comme héritier ou comme possesseur, soit de restituer la possession d'un fonds à celui qui en a été dépouillé par violence. Sont exhibitoires, les interdits par lesquels le préteur ordonne, soit par exemple d'exhiber la personne qu'il s'agit de faire déclarer libre, l'affranchi que son patron veut astreindre à quelques services, soit d'exhiber au père les enfants qui sont en sa puissance. Toutefois, suivant quelques auteurs, la dénomination d'interdits se restreint, à proprement parler, aux interdits prohibitoires, parce que interdire signifie défendre et prohiber, tandis que les interdits restitutoires ou exhibitoires se nomment, à proprement parler, décrets; mais la dénomination commune d'interdits a prévalu, parce qu'ils sont rendus *inter duos* (entre deux parties).

rendi, vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet : veluti, bonorum possessori possessionem eorum quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate, aut cum jubet ei qui vi possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quæ jubet exhiberi : veluti, eum cujus de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari : sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

2. Une autre division des interdits distingue ceux qui font acquérir la possession, ceux qui la conservent et ceux qui la font recouvrer.

2. Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

3. Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur QUORUM BONORUM. Ejusque vis et potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem : itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

3. Pour acquérir la possession, on donne au possesseur de biens un interdit appelé *quorum bonorum*. Par l'effet de cet interdit, quiconque possède, comme héritier ou comme possesseur, quelque objet dépendant d'une succession, est tenu de le restituer à celui qui a obtenu la possession de biens. Possède comme héritier le possesseur qui se croit héritier; possède comme possesseur celui qui possède, sans aucun droit, un objet héréditaire ou même toute l'hérédité qu'il sait ne pas être à lui. On dit de cet interdit qu'il fait acquérir la possession, parce qu'il ne profite qu'à ceux qui cherchent à obtenir pour la première foisla possession. Il est donc inutile à ceux qui ont perdu la possession dont ils étaient investis. L'interdit qu'on appelle Salvien fait pareillement acquérir la possession, et se donne au propriétaire du fonds, relativement aux effets du fermier, affectés par ce dernier à la sûreté des fermages.

4. Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS et UTRUBI, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat : namque nisi ante exploratum fue-

4. Ont été introduits pour conserver la possession, les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, lorsqu'il y a contestation sur la propriété d'une chose, et qu'il s'agit de décider préalablement quel est celui des plaideurs qui possèdera, celui qui se portera demandeur. En effet, tant que l'on n'aura pas

reconnu à qui appartient la possession, il sera impossible d'exercer l'action pétitoire, car le droit civil et la raison naturelle veulent que l'un possède, tandis que l'autre revendique contre le possesseur; et comme la position du possesseur est beaucoup plus avantageuse que celle du demandeur, il s'élève souvent et presque toujours de graves débats sur la possession même. La possession offre cet avantage que, quoique la chose n'appartienne pas au possesseur, néanmoins, si le demandeur ne parvient pas à prouver qu'il en est propriétaire, la possession reste dans les mêmes mains : aussi, lorsque le droit respectif des parties reste incertain, le juge prononce-t-il contre le demandeur. L'interdit *uti possidetis* concerne la possession d'un fonds ou d'un bâtiment, l'interdit *utrubi* celle des objets mobiliers. Ils avaient, chez les anciens, des effets différents : dans l'interdit *uti possidetis*, on préférait celui qui possédait au moment de l'interdit, pourvu que la possession ne fût pas venue, de son adversaire à lui, par violence, clandestinement ou précairement, sans examiner d'ailleurs s'il avait usé de violence pour expulser des tiers, ou clandestinement saisi leur possession, ou précairement obtenu d'eux la faculté de posséder. Dans l'interdit *utrubi*, on préférait celui qui avait possédé pendant la plus grande partie de l'année, pourvu que cette possession ne fût pas venue,

rit utrius eorum possesssio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem UTI POSSIDETIS de fundi vel ædium possessione contenditur, UTRUBI vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat : nam UTI POSSIDETIS interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret; UTRUBI vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat.

de son adversaire à lui, par violence, clandestinement ou précairement.

Hodie tamen aliter observatur; nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est : ut ille vincat, et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet.

Aujourd'hui, on observe d'autres règles : les deux interdits produisent, quant à la possession, les mêmes effets ; ainsi, on préfère, soit pour les fonds, soit pour les meubles, celui qui, au moment de la constatation du litige, se trouve nanti de la possession, pourvu qu'elle ne soit pas venue de son adversaire à lui, par violence, clandestinement ou précairement.

5. Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit ipse possidere videtur; et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus; nec ulla dubitatio est quin animo solo adipisci possessionem nemo potest.

5. Nous possédons, non seulement par nous-mêmes, mais aussi par les personnes qui sont en possession pour nous, quoique n'étant pas sous notre puissance, comme un fermier ou un locataire. On possède aussi par un dépositaire ou par un commodataire et tel est le sens de cet adage que nous conservons la possession par quiconque est en possession pour nous. Bien plus, la possession se conserve par l'intention seule, par exemple à ceux qui ne sont en possession ni par eux-mêmes ni par aucun autre, et qui s'éloignent, non pour abandonner la possession, mais au contraire pour y revenir plus tard. Nous avons exposé au second livre, par quelles personnes chacun peut acquérir la possession, et il est indubitable qu'on ne peut pas l'acquérir par l'intention seule.

6. Recuperandæ possessio-

6. On obtient un interdit pour

recouvrer la possession, lorsqu'on a été expulsé, par violence, de la possession d'un fonds ou d'un bâtiment. On a, dans ce cas, l'interdit *unde vi*, qui force l'auteur de la violence à restituer la possession à ceux qu'il a expulsés, quand même ceux-ci la tiendraient de lui par violence, clandestinement ou précairement.

nis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui dejecit, vi vel precario possidebat.

Toutefois, en vertu des constitutions impériales dont nous avons parlé plus haut, celui qui se saisit d'une chose par violence, perd sa propriété, quand cette chose lui appartient. Lorsqu'elle n'est pas à lui, il doit, après l'avoir restituée, en payer l'estimation à ceux qui ont souffert la violence.

* Sed ex constitutionibus sacris * ut supra diximus, si quis rem per * vim occupaverit, si quidem in * bonis ejus est, dominio ejus pri- * vatur, si aliena, post ejus restitu- * tionem etiam æstimationem rei * dare vim passo compellitur. *

Celui qui use de violence pour expulser quelqu'un d'une possession, encourt les peines établies par la loi Julia, soit contre la violence privée, lorsqu'il n'emploie aucune arme, soit contre la violence publique, lorsqu'il emploie des armes. Sont compris sous la dénomination d'armes, non seulement les boucliers, les glaives et les casques, mais aussi les bâtons et les pierres.

Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata, si sine armis vim fecerit; sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. Armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides.

7. Une troisième division des interdits les distingue en simples et doubles. Sont simples, les interdits dans lesquels il existe un demandeur et un défendeur; tels sont tous les interdits restitutoires ou exhibitoires. En effet, celui qui veut obtenir la restitution ou l'exhibition est demandeur; celui de qui on veut l'obte-

7. Tertia divisio interdictorum hæc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria; namque actor est qui desiderat aut exhiberi aut restitui; reus est is a quo desideratur ut restituat aut ex-

hibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prohibet prætor in loco sacro vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri; nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus est qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.

nir, défendeur. Parmi les interdits prohibitoires, les uns sont simples, les autres doubles. Ils sont simples, par exemple, quand le préteur défend de faire certains ouvrages dans un lieu sacré, sur un fleuve public ou sur sa rive. En effet, celui qui veut empêcher ces ouvrages est demandeur; celui qui veut les exécuter, défendeur. Les interdits doubles sont, par exemple, les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. On les appelle doubles, parce que les deux parties sont dans la même position; on ne distingue pas entre elles un demandeur et un défendeur, mais chacune d'elles remplit également les rôles de défendeur et de demandeur.

8. De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere : nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum ; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

8. Autrefois on observait, à l'égard des interdits, une marche et une procédure dont il est aujourd'hui superflu de parler : car dans les instances extraordinaires (et telles sont aujourd'hui toutes les instances), la prononciation d'un interdit n'est plus nécessaire. Le juge statue comme il statuerait en vertu d'une action utile donnée par suite d'un interdit, qui n'existe pas.

EXPLICATION.

PR.

1349. Dans certaines affaires [1], et notamment en matière de possession, le préteur interpose son autorité et prononce en

[1] *Ulp. et Paul. fr.* 1 *et* 2, *h. t.*

termes solennels, un ordre impératif ou prohibitif. Ce commandement ou cette prohibition prépare la décision définitive, et pose une règle dont l'application (a) reste à faire par un juge que le magistrat constituera, s'il y a lieu, en donnant une action (1).

La règle qui se trouve ainsi établie par l'interdit, existe uniquement pour la contestation où elle est posée, et pour les personnes que cette contestation divise [1365). En effet, le mot *interdicta*, que les anciens jurisconsultes faisaient dériver du verbe INTERDICERE pour l'appliquer exclusivement aux ordres prohibitifs [1351], a été pris dans un sens plus général, et appliqué aux jussions comme aux prohibitions du préteur. Les unes et les autres s'appellent *interdicta*, parce qu'elles sont spéciales pour une contestation et pour les personnes que cette contestation divise, *inter duos dicuntur* (2). INTERDICTUM signifie donc *dictum inter duos*, par opposition à l'EDICTUM que le préteur établit comme règle générale entre tous. Ainsi les interdits sont, à proprement parler, des édits spéciaux, des édits personnels (3), qu'il faut renouveler chaque fois qu'une affaire semblable se représente.

1350. Les interdits semblent tirer leur origine de la nécessité où ont toujours été les magistrats d'empêcher les rixes et de réprimer les actes de violence : aussi la forme la plus ordinaire est-elle VIM FIERI VETO. On peut croire que les magistrats sont intervenus de cette manière lorsqu'ils n'avaient pas encore assez d'autorité pour ajouter au droit civil ou pour le modifier par des édits généraux. Lorsque ces derniers furent en usage, les préteurs continuèrent à prononcer des interdits dans les affaires où cette marche avait été précédement observée : tou-

(1) *Gaius*, 4 *inst.* 166.— (2) § 1, *in fin.*, *h. t.* — (3) *Gaius*, 4 *inst.* 141, 166.

(*a*) Application souvent rétroactive, par exemple, dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, qui pour maintenir une personne troublée dans sa possession, prohibe la violence, *uti possidetis.... quo minus ita possideatis, vim fieri veto*. Évidemment cette prohibition s'applique aux faits antérieurs. Ce n'est donc au fond, que la promulgation d'un principe qui réprouve les voies de fait employées contre ceux dont la possession réunit certains caractères [1359]. C'est sur l'application de ce principe lorsqu'elle est contestée, et notamment sur la question de savoir lequel des contendants possédait à une certaine époque et avec les conditions exprimées dans l'interdit, que les parties sont renvoyées devant un juge (V. *Gaius*, 4 *inst.* 166).

tefois, afin de généraliser et même de régulariser leur système, ils promirent de prononcer dans telle ou telle circonstance tel ou tel interdit (1).

Le renouvellement successif d'un ordre ou d'une défense que le préteur ne refusait à personne, ne fut dès lors qu'une formalité dont on s'affranchit plus tard en la considérant comme tacitement accomplie, et quoique l'interdit n'eût pas été prononcé, on a fini par agir comme s'il l'avait été (2). En effet, Justinien s'occupe moins ici des interdits que des actions qui en tiennent lieu (*quæ pro his exercentur*).

§ I.

1351. Les interdits qui consistent dans une défense, soit VIM FIERI VETO, pour l'interdit *uti possidetis* dont il sera question au § 4, ou pour le cas d'inhumation cité dans notre texte (3), soit simplement VETO ou NE FIAT pour les ouvrages entrepris dans un lieu sacré, sur la rive ou dans le lit d'un fleuve navigable (4), les interdits proprement dits de plusieurs jurisconsultes et notamment de Gaius (5), s'appellent prohibitoires par opposition aux interdits impératifs que les mêmes jurisconsultes nommaient *decreta*, et qui sont restitutoires ou exhibitoires, selon que le préteur prescrit de restituer ou d'exhiber, RESTITUAS (6), EXHIBEAS (7). De cette distinction dépendait, relativement à la procédure, une différence importante : car lorsque les parties étaient renvoyées devant un juge par suite des interdits restitutoires ou exhibitoires, chacune d'elles pouvait demander une formule arbitraire, comme celles des actions réelles ou de l'action *ad exhibendum* [1379], qui laissent au défendeur la possibilité d'être absous en restituant ou en exhibant *judicis arbitrio* (8), et permettent au demandeur de faire exécuter par la force publique la restitution ordonnée par le juge (9).

1352. Nous trouvons ici deux exemples d'interdits restitutoires qui seront expliqués plus loin [1356, 1364]. Quant aux

(1) *Ulp. fr.* 1, *de tab. exhib.; fr.* 2, *ne quid in loc. publ.; fr.* 1, *ut in flum. publ.; fr.* 1, § 29, *de aqua. cotid.* — (2) § 8, *h. t.* V. *Diocl. et Max. C.* 3, *de interd.* — (3) *Ulp. fr.* 1, *de mort. infer.* — (4) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 1, *ne quid in loc. sacr., fr.* 1, *de flumin.* — (5) *Text. hic, in fin.; Gaius,* 4 *inst.* 139, 140. V. *Ulp. fr.* 1. *de tab. exhib.* — (6) *Ulp. fr.* 1, *quor. bon.* — (7) *Ulp. fr.* 1. § 1, *h. t.* — (8) *Gaius,* 4 *inst.* 142, 162 *et* 163. — (9) *Ulp. fr.* 68, *de rei vind.*

interdits exhibitoires, ils remplacent l'action *ad exhibendum* que l'on intente dans un intérêt pécuniaire, pour obtenir l'exhibition des choses et des esclaves [1379], mais non celle des personnes libres. Il faut donc, pour ces dernières, recourir à un interdit [1]; par exemple, lorsqu'un père de famille, que la puissance paternelle autorise à revendiquer ses enfants [2], veut préalablement se les faire représenter par la personne qui les retient chez elle [3]. Justinien cite deux autres exemples. Le premier, qui ne se retrouve dans aucun autre texte, concerne les personnes dont la liberté est mise en question et que le préteur ordonne de représenter, sans doute au prétendu maître qui veut les faire déclarer esclaves, ou à la personne qui voudrait au contraire les faire déclarer libres [1226]. Dans le second exemple, *de liberto exhibendo* [4], il s'agit d'un patron qui, pour exiger les services que lui doit son affranchi [921], demande que ce dernier soit représenté par la personne chez laquelle il se cache. Ces deux interdits n'ont rien de commun avec l'interdit *de homine libero exhibendo* qui protége la liberté individuelle : il est accordé dans l'intérêt des personnes frauduleusement détenues, lorsque leur qualité d'hommes libres n'est pas contestée, à quiconque veut se les faire représenter [5].

§ II.

1353. Nous venons de voir une division générale, qui comprend tous les interdits. Ici, au contraire, se présente une division spéciale de certains interdits relatifs aux intérêts privés. Ils ont tous pour objet la possession, qui par elle-même offre de grands avantages, et par suite donne lieu à de fréquentes et graves contestations.

Le possesseur est, jusqu'à preuve contraire, considéré comme propriétaire. En cas de revendication, le rôle de défendeur lui est assuré, et le dispense de rien prouver. Si le demandeur n'établit pas clairement son droit, le doute qui subsiste suffit pour lui faire perdre sa cause, et le défendeur, lors même qu'il n'a aucun droit, reste en possession [6]. Aussi,

(1) *Gaius, fr.* 13, *ad. exhib.* — (2) *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.* — (3) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, *de liber. exhib.* — (4) *Paul. fr.* 2, § 1, *h. t.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 162. — (5) *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1; *fr.* 3, §§ 7 *et* 9, *de homin. liber. exhib.* — (6) § 4, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 1, § 3, *uti possid.*

pour ne pas prendre ou même pour ne pas conserver sans nécessité le rôle de demandeur, en exerçant une action réelle, faut-il examiner si l'on ne pourrait pas, au moyen de quelque interdit, obtenir la possession [1].

1354. Sous ce rapport on distingue ici : 1° des interdits *adipiscendæ possessionis causa*, comme l'interdit salvien et l'interdit QUORUM BONORUM, qui font acquérir la possession des choses qu'on n'a pas encore possédées (*a*); 2° des interdits *retinendæ possessionis causa*, comme les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, qui maintiennent la possession dans les mains où elle se trouve [2]; 3° enfin des interdits *recuperandæ possessionis causa*, comme l'interdit UNDE VI, qui fait recouvrer une possession perdue [3].

Cette division tripartite se complète par une quatrième classe d'interdits qu'on appelle doubles, parce qu'ils sont à la fois *adipiscendæ* et *recuperandæ possessionis causa* [4]. Tels sont les interdits QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM, qui, en matière de revendication ou de pétition d'hérédité, changent les rôles de demandeur et de défendeur, en transférant la possession au premier, lorsque le second ne veut pas se constituer défendeur en donnant la caution *judicatum solvi* (*b*).

§ III.

1355. L'interdit salvien est accordé au propriétaire d'un héritage rural pour se faire mettre en possession des objets affectés par le colon au paiement des fermages. Il a tant d'analogie avec l'action servienne que les effets de l'un et de l'autre ont toujours paru difficiles à distinguer. M. de Savigny croit apercevoir dans l'interdit l'origine de l'action, comme si les préteurs avaient d'abord voulu essayer ce que les actions servienne et quasi-servienne ont ensuite établi d'une manière

[1] *Gaius, fr.* 24, *de rei vind.* V. *Ulp. fr.* 12, § 1, *de adq. vel amitt. poss.* — [2] § 4, *h. t.* — [3] § 6, *h. t.* — [4] *Paul. fr.* 2, § 3, *h. t.*

(*a*) § 3, *h. t.*; *Gaius*, 4 *inst.* 144; *Paul. fr.* 2, § 3, *h. t.* Cependant l'interdit QUORUM BONORUM est restitutoire (§ 1, *h. t.*; *restituere debeat*, § 3, *h. t.*; *restituas*, *Ulp. fr.* 1. *quor. bon.*). En effet *restituere* prend ici une acception plus large que celle de notre verbe restituer; il signifie remettre quelque chose à une personne, soit qu'il s'agisse pour elle d'acquérir ou de recouvrer la possession.

(*b*) Voyez un fragment d'Ulpien récemment découvert à Vienne.

générale. Dans ce sens, l'interdit serait devenu complétement inutile. Je crois, au contraire, que l'interdit et l'action s'appliquent indépendamment l'un de l'autre; que si le bailleur recourt à la seconde, c'est lorsqu'il ne peut pas avoir le premier; mais que, s'il obtient la possession par l'interdit salvien, il n'aura plus besoin de l'action servienne. Au lieu de se porter demandeur, il attendra comme défendeur, l'action que voudraient intenter d'autres créanciers à qui les mêmes objets seraient hypothéqués par le colon, et qui invoqueraient peut-être la règle *prior tempore, potior jure* [1204].

En effet, l'action servienne avait créé pour le bailleur une préférence qui a cessé d'être exclusive, dès que l'action quasi-servienne eut validé, pour toutes créances indistinctement, l'hypothèque constituée par un simple pacte. A compter de ce moment, le bailleur put craindre que les meubles affectés par le fermier au paiement des fermages, ne fussent déjà hypothéqués à d'autres dettes. Pour obvier à cet inconvénient, l'interdit salvien est venu améliorer la position du bailleur, en lui assurant la possession préalable, et par suite le rôle de défendeur contre l'action hypothécaire des autres créanciers. Dans ce sens, l'interdit salvien, loin d'avoir précédé l'action servienne, serait une conséquence du principe qu'elle a introduit et que l'action quasi-servienne a généralisé.

C'est ainsi que l'interdit se donne contre le colon ou contre les défendeurs étrangers, par opposition aux maîtres de l'héritage affermé : en effet, lorsque les choses apportées par le fermier sur un fonds indivis sont affectées séparément et *in solidum* à la sûreté des différents copropriétaires, chacun d'eux a l'interdit Salvien *adversus extraneos*, tandis qu'entre eux ce même interdit reste sans force ; celui qui a la possession la conserve, sauf l'action servienne que les autres pourront intenter contre lui. *Possessor vincet, et erit descendendum ad servianum judicium* (1).

1356. Les successeurs prétoriens qui ont obtenu la *bonorum possessio*, se font mettre, au moyen de l'interdit QUORUM BONORUM, en possession réelle des biens héréditaires par tous ceux qui les possèdent *pro herede* ou *pro possessore*, les mêmes en apparence contre qui se donne la pétition d'héré-

(1) *Ulp. fr. 2, de salv. interd. V. Julian. fr. 1, § 1, eod.*

dité [1252]. Aussi M. de Savigny qui a vu, dans l'interdit Salvien, l'origine de l'action servienne, aperçoit-il pareillement, dans l'interdit *quorum bonorum*, l'origine d'une pétition d'hérédité prétorienne, *possessoria hereditatis petitio*, qui produit, pour le *bonorum possessor*, les mêmes résultats que la pétition d'hérédité proprement dite pour l'héritier ([1]). En réalité cependant ces deux actions se distinguent de l'interdit par des différences essentielles; car ce dernier s'applique exclusivement aux choses corporelles ([2]), et compète même contre le véritable héritier ([3]). Il agit donc en sens inverse de la pétition d'hérédité qui appartient aux héritiers, même contre le *bonorum possessor* ([4]).

Ces contradictions, évidentes dans le système de M. de Savigny, disparaissent lorsqu'on distingue ce qu'il ne faut jamais confondre, savoir, la possession et la propriété ou les autres droits qu'on peut avoir sur la chose d'autrui : en effet la possession et la propriété n'ont rien de commun ([5]), et ce qu'on aurait jugé sur l'une ne serait pas jugé sur l'autre ([6]).

Ainsi l'interdit *quorum bonorum* procure au successeur prétorien la possession avec tous ses avantages, notamment celui de rester défendeur contre la petition d'hérédité intentée par les héritiers, comme le prouve la distinction des possessions de biens *cum re* ou *sine re* [907]. et comme le décide Arcadius en séparant le procès relatif à la possession et à l'interdit QUORUM BONORUM, du procès qui pourra s'élever plus tard sur la propriété, *secunda actione proprietatis non exclusa* ([7]).

1357. Sous Justinien, il n'existe plus de possession de biens *sine re ;* la pétition d'hérédité possessoire est effacée du Code; l'interdit *quorum bonorum* subsiste, mais avec une modification importante. Il se donne toujours contre ceux qui possèdent *pro herede* ou *pro possessore ;* mais la première de ces deux expressions qui comprenait le véritable héritier, *tam is qui heres est quam is qui putat se heredem esse* ([8]), est restreinte au détenteur qui se croit héritier sans l'être (*qui putat se heredem esse*). En effet, comme nous l'avons dit, le droit civil et le droit prétorien ne forment plus qu'un [907] : quiconque est héritier se

([1]) *Gaius, fr.* 2, *de possess. her. pet.* — ([2]) *Paul. fr.* 2, *quor. bon.* V. *Ulp. fr.* 13, § 15, *de her. pet.* — ([3]) *Gaius,* 4 *inst.* 144. — ([4]) *Ulp. fr.* 11, *de her. pet.* — ([5]) *Ulp. fr.* 12, § 1, *de adq. vel. amitt. poss.* — ([6]) *Diocl. et Max. C.* 3, *si a non compet. jud.* — ([7]) *C.* 3, *quor. bon.* — ([8]) *Gaius,* 4 *inst.* 144.

trouve par cela même *bonorum possessor*, et réciproquement. L'interdit QUORUM BONORUM n'est donc plus un avantage pour le premier contre le second; mais il compète à l'un et à l'autre pour obtenir la possession des choses que le défunt possédait à l'époque de sa mort, lors même que la propriété en est contestée, sauf, comme nous l'avons dit, l'action à intenter plus tard sur cette contestation (*a*).

§ IV.

1358. Le préteur maintient la possession soit, en cas d'action réelle intentée contre le possesseur, au moyen des exceptions qu'il accorde quelquefois à celui-ci, soit, en cas de troubles ou de voies de fait, au moyen d'un interdit qui prohibe la violence ([1]), c'est-à-dire tout fait qui gêne la liberté du possesseur en l'empêchant d'user à son gré, par exemple, de cultiver ou de bâtir ([2]), et spécialement en lui contestant la possession même ([3]) : car il s'élève souvent de graves contestations sur le fait même de la possession, dont chacun se prétend investi, en sorte que la revendication devient impossible, tant qu'on n'aura pas décidé à qui des contendants appartient la possession et par suite le rôle de défendeur ([4]).

Dans ces différents cas, le préteur maintient, au moyen de l'interdit UTI POSSIDETIS, ceux qui possèdent un héritage urbain ou rural au moment où l'interdit est prononcé; et au moyen de l'interdit UTRUBI ceux qui, par eux-mêmes ou par leur auteur, ont possédé un meuble pendant la majeure partie de l'année ([5]), en ce sens qu'ils ont possédé dans l'année plus longtemps que leur adversaire ([6]).

Dans le Bas-Empire (*b*), on cesse de distinguer les meubles

([1]) *Ulp. fr.* 1, § 4, *uti poss.* — ([2]) *Pomp. fr.* 11, *de vi et vi armat.* — ([3]) *Ulp. fr.* 1, *uti poss.* — ([4]) *Text. hic.* — ([5]) *Text. hic; Gaius*, 4 *inst.* 149, 150, 151. — ([6]) *Licin. Ruf. fr.* 156, *de verb. signif.* V. *Gaius*, 4 *inst.* 152.

(*a*) *Etiam si quod possit tribui de proprietate luctamen... secundaria actione proprietatis non exclusa* (*Arcad. et Honor. C.* 1, *C. Th., quor. bon.; C.* 3, *h. t.*). Voyez sur cet interdit la Thèse soutenue pour le doctorat à Paris, en août 1837, par M. Gaslonde, aujourd'hui professeur de la faculté de droit de Dijon.

(*b*) *Hodie*, dit Justinien. La différence des deux interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI subsistait encore sous Dioclétien et Maximien (V. *fragm. vatic.* § 293). Le texte d'Ulpien, tel qu'il existe au Digeste (*fr.* 1, § 1, *de utrub.*), est donc interpolé.

et les immeubles; et comme on accorde une action utile [1], sans prononcer aucun interdit, on s'arrête au temps de la *litis contestatio* pour maintenir celui qui possède à cette époque un objet quelconque [2].

1359. Les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI maintiennent la possession, lors même qu'elle est vicieuse ou *injusta* [3]. On appelle ainsi la possession obtenue, soit de force, par l'expulsion d'autrui, *alium vi expulerat* [4], soit clandestinement, c'est-à-dire furtivement et à l'insu des personnes dont on craignait la résistance, *clam arripuerat* [5]; soit précairement en sollicitant avec prières la permission de posséder, *precario rogaverat ut sibi possidere liceret* [6]. Ainsi, le possesseur, malgré le vice de sa possession, sera préféré à tous ceux qui ne possèdent pas [7], excepté les personnes mêmes dont la possession serait passée entre ses mains par force, par surprise ou par prières, *etiamsi alium vi expulerat*, etc. [8] : bien loin en effet de maintenir contre ces derniers une possession vicieuse à leur égard, le préteur la leur ferait rendre (*a*). Pour réussir dans les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI, il faut donc posséder *nec vi, nec clam, nec precario*, non dans un sens absolu, mais relativement à son adversaire, *ab adversario* [9], *alter ab altero* [10].

1360. On conçoit aisément comment une personne se met en possession *vi* ou *clam* [11]; mais quant à la possession précaire, on comprend difficilement que, pour l'obtenir, un homme adresse des prières à un autre homme. Cependant le *precarium* s'accorde aux prières d'une personne, pour qu'elle possède tant qu'il plaira au concédant [12]; c'est une sorte de bienfait que ce

[1] § 8, *h. t.*—[2] *Text. hic, in fin.*—[3] *Gaius*, 4 *inst.* 151; *Venul. fr.* 53, *de adq. vel amit. poss.* — [4] *Text. hic.* V. *Paul.* 5 *sent.* 6, §§ 3 *et* 4. — [5] *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 6, *de adq. vel amitt. poss.*—[6] *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 2, § 3, *de precar.*—[7] *Paul. fr.* 2, *uti poss.* — [8] *Text. hic.* V. *Pomp. fr.* 17, *de precar.*; *fr.* 1, § 9, *uti possid.* — [9] *Text. hic.* — [10] *Ulp. fr.* 1, *uti poss.* — [11] *Ulp. fr.* 6, *de adq. vel amitt. poss.* — [12] *Ulp. fr.* 1; *fr.* 2, § 3, *de precar.*

(*a*) Par les interdits UNDE VI (V. § 6, *h. t.*) ou DE PRECARIO (V. *Ulp. fr.* 2, *de precar.*) pour les cas de violence ou de précaire. La possession clandestine des immeubles donnait pareillement lieu à un interdit spécial (V. *Ulp. fr.* 7, § 5, *comm. div.*) qui est promptement tombé en désuétude. En effet, l'occupation d'un étranger a paru insuffisante pour déposséder ceux qui, dans l'ignorance du fait, n'ont pas perdu l'intention de posséder (*Cels. fr.* 18, § 3; *Pomp. fr.* 25, § 2; *Pap. fr.* 46, *de adq. vel amitt. poss.*). On a pensé que cette intention leur suffit pour conserver la possession *animo solo* (*Paul.* fr. 3, § 7, *eod.*) jusqu'au moment où ils ont connaissance du fait (*Pap. d. fr.* 46; V. 1362).

dernier peut toujours révoquer, sans attendre l'expiration du terme qui aurait été convenu [1]. Le concédant obtient à cet effet un interdit ou même une action PRÆSCRIPTIS VERBIS qui n'existait pas d'abord [2], en sorte qu'il tient le concessionnaire dans sa dépendance. Le *precarium*, suivant M. de Savigny, tirerait son origine des concessions que faisaient anciennement les patriciens à leurs clients. Les textes n'indiquent rien de semblable, mais ils nous montrent une possession précaire fréquemment accordée par le créancier au débiteur, dont il a reçu la chose en gage [3] ; et lorsque le vendeur livre une semblable possession à l'acheteur, qui n'a pas encore acquitté le prix [4], c'est encore un débiteur qui reçoit du créancier la chose que celui-ci retenait entre ses mains. L'utilité de cette concession se faisait surtout sentir avant l'introduction des actions serviennes et quasi-serviennes, lorsque le gage était nécessairement livré au créancier.

Celui qui obtient le *precarium* possède (*a*). Examinons à cette occasion ce que signifient, dans la langue du droit, les mots possession et posséder.

1361. Posséder, dans le sens le plus étendu, c'est détenir, et, dans ce sens, M. de Savigny a distingué trois sortes de possessions, savoir : 1° la possession civile qui, d'après le droit civil proprement dit, c'est-à-dire d'après la loi des Douze-Tables, conduit à l'usucapion. Pour posséder ainsi, il faut détenir par soi-même ou par d'autres, mais toujours avec l'idée de la propriété, *animo domini*.

2° La possession proprement dite, que le droit prétorien protége et garantit par des interdits, lors même qu'elle ne pourrait pas conduire à l'usucapion : ainsi, dans le cas de donation entre époux, le donataire ne possède pas civilement, parce qu'il ne peut point usucaper [5]; cependant il possède dans le sens pur et simple du mot posséder [6]. Cette posses-

[1] *Ulp. fr.* 1 ; *Cels. fr.* 12, *eod.* — [2] *Ulp. fr.* 1, *pr.*, §§ 2 *et* 3. V. *Paul. fr.* 14; *Julian. fr.* 19, § 2, *eod.* — [3] *Ulp. fr.* 4, *eod.* — [4] *Ulp. fr.* 20, *eod.*; *Alex. C.* 3, *de pact. inter empt.* — [5] *Paul. fr.* 26, *de donat. inter. vir. et ux.*; *fr.* 1, § 2, *pro donat.* — [6] *Paul. d. fr.* 1, § 2, *pro donat.*; *fr.* 1, § 4, *de adq. vel amitt. poss.*

(*a*) *Ulp. fr.* 4, § 1, *de precar.* Pourvu que la permission demandée et obtenue soit celle de posséder; car celui qui demande à rester sur un fonds *ut in fundo moretur*, *Ulp. f.* 6, § 2, *eod.*) ne possède pas.

sion proprement dite, lorsqu'on l'oppose à la possession civile, s'appelle quelquefois possession naturelle ([1]), comme la dénomination d'enfants naturels, par opposition aux enfants adoptifs, désigne quelquefois les enfants nés des justes noces [168].

3° La possession purement naturelle des personnes qui détiennent sans aucune idée de propriété, comme l'usufruitier, le dépositaire, le commodataire, le colon ou le locataire, dont les textes disent, tantôt qu'ils possèdent naturellement ([2]) ; tantôt qu'ils ne possèdent point ([3]), mais sont IN POSSESSIONE ([4]), tandis qu'un autre possède par eux ([5]).

Cette possession purement naturelle n'est point garantie par les interdits (a), et n'est à proprement parler qu'une détention étrangère à l'idée de propriété qui caractérise la véritable possession. Cependant ceux qui obtiennent *precario* la permission de posséder, ont plus que la possession purement naturelle, puisqu'on leur accorde les interdits possessoires ([6]), comme s'ils détenaient *animo domini*. Il en est de même du créancier gagiste ([7]), qui possède sous tout autre rapport que l'usucapion ([8]).

§ V.

1362. Nous avons déjà vu [522, 525], comment on possède ou par soi-même, ou par toute autre personne qui détient pour nous, comme les colon, locataire, dépositaire, commodataire, etc. Dans ces différents cas, on conserve la possession comme on l'acquiert, c'est-à-dire *animo et corpore*, par la volonté jointe au fait de la détention ([9]) : et, au contraire, on doit cesser de posséder dès que les deux conditions ne sont plus

([1]) *Ulp. fr.* 1, §§ 9 *et* 10, *de vi et vi armat.* — ([2]) *Pap. fr.* 49 ; *Ulp. fr.* 12 ; *Paul. fr.* 3, § 3, *de adq. vel amitt. poss.* — ([3]) § 4. *per quas pers. nob. adq.; Macer, fr.* 15, § 1, *qui satisd. cogn.; Ulp. fr.* 9, *de rei vind.; fr.* 6, § 2, *de precar.; Paul. fr.* 3, § 20, *de adq. vel amitt. poss.* — ([4]) § 5, *h. t.; Gaius,* 4 *inst.* 153; *fr.* 9, *de adq. vel. amitt. poss.* — ([5]) *Paul. fr.* 3 *et* 12 ; *Pomp. fr.* 25, § 1 ; *Marcian. fr.* 37, *eod.* — ([6]) *Ulp. fr.* 4, § 1, *de precar.* — ([7]) *Julian. fr.* 36, *de adq. vel amitt. poss.* — ([8]) *Javol. fr.* 16, *de usurpat.* — ([9]) *Paul. fr.* 3, §§ 1 *et* 3, *de adq. vel amitt. poss.*

(a) Ulpien (*fr.* 1, § 10, *de vi et de vi arm.*) les refuse catégoriquement au colon ; et si d'autres textes les lui accordent dans un cas particulier, c'est parce qu'il a véritablement acquis la possession en repoussant ou en expulsant le locateur (V. *Marcel. et Pap. fr.* 12 *et* 18, *eod.*). L'usufruitier et l'usager ont aussi les interdits utiles [V. 1184], non pour l'objet corporel qu'ils détiennent sans le posséder, mais pour la quasi-possession du droit (*quasi possessione; pr., h. t.;* V. *Ulp. fr.* 4, *uti poss.; f.* 3, §§ 16 *et* 17, *de vi et de vi arm.*).

réunies, c'est-à-dire dès qu'on ne veut plus posséder une chose que l'on détient encore, ou dès que l'on ne détient plus la chose que l'on veut toujours avoir en sa puissance [1]. La première de ces propositions n'est susceptible d'aucun doute ; mais la seconde est contredite par Justinien : l'intention, dit-il, conserve à chacun la possession des choses dont il ne s'éloigne que momentanément pour y revenir ensuite [2]. En statuant ainsi, l'empereur suppose qu'on s'éloigne d'une maison ou d'un fonds, c'est-à-dire d'un immeuble, et c'est aux immeubles en effet que s'applique notre texte [3]. Ainsi, bien que le fonds ne soit occupé par personne, et même lorsqu'il est occupé par un étranger qui ne détient pas pour l'absent, ce dernier continue de posséder *animo solo*, en ce sens qu'il a toujours l'interdit *uti possidetis* jusqu'au moment où il est informé qu'un autre s'est mis en possession [4], et même tant qu'il n'a pas renoncé à ressaisir la détention [5]. Ainsi le décident les jurisconsultes du troisième siècle (*a*) contre l'opinion de Labéon [6], abandonnée dès le second siècle par les Sabiniens [7].

1363. A l'égard des meubles, on fait une distinction. La volonté suffit pour conserver, tant qu'une autre personne ne s'en saisit pas, la possession d'un esclave qui a encore l'esprit de retour [8], ou même celle d'un esclave fugitif, précisément parce qu'il serait trop difficile à garder [9] ; mais la possession des meubles inanimés ou dépourvus de raison cesse dès qu'on ne les a plus en sa puissance : par exemple, lorsqu'ils sont perdus ou lorsqu'ils ont été volés par tout autre que par notre esclave ; car le père de famille possède, par les personnes

(1) *Pap. fr.* 44, § 2 ; *Paul. fr.* 1, § 4 ; *fr.* 3, §§ 6 *et* 13 ; *fr.* 30, § 4 ; *Ulp. fr.* 17, § 1, *eod.* — (2) *Text. hic.* — (3) *Paul.* 5 *sent.* 2, § 1 ; *fr.* 3, § 11, *de adq. vel amitt. poss.* — (4) *Cels. fr.* 18, § 3 ; *Pap. fr.* 46, *eod.* — (5) *Pomp. fr.* 25. § 2 ; *Paul. fr.* 3, § 8 ; *fr.* 7, *eod.*—(6) *Ulp. fr.* 6, § 1, *eod.* — (7) *Gaius*, 4 *inst.* 153 ; *Cels. et Pomp. d. fr.* 18, § 3 ; *d. fr.* 25, § 2, *eod.* — (8) *Pap. fr.* 47, *eod.* — (9) *Ulp. fr.* 13; *Paul. d. fr.* 3, § 13 ; *Pap. d. fr.* 47, *eod.*

(*a*) *Pap. et Paul.*, *loc. cit.* Un texte de Paul., inséré deux fois au Digeste (*fr.* 8, *de adq. vel amitt.possess.; fr.* 153, *de reg. jur.*) semble décider que la possession ne se perd jamais que par le concours du fait et de l'intention. Telle serait en effet la décision de Paul, contraire à celle des autres jurisconsultes et à la sienne propre, si le mot UTRUMQUE signifiait toujours *l'un et l'autre*. M. de Savigny pense qu'ici ce mot signifie *l'un ou l'autre;* et en effet dans plusieurs textes (*Paul. fr.* 8, § 13, *de grad.*; *Ulp. fr.* 1, § 3, *uti possid.*), UTRUMQUE et ALTERUTRUM ont la même signification.

placées sous sa puissance, tout ce que possèdent ces dernières [520].

§ VI.

1364. Le préteur accorde, pendant un an, l'interdit UNDE VI aux personnes expulsées (*vi dejectus*) d'un immeuble (*fundi vel ædium*) par la violence ou par la crainte d'un mal présent (¹). Dans ce cas, la possession doit leur être restituée, quoiqu'elles l'eussent elles-mêmes enlevée ou surprise à leur adversaire ou obtenue de lui *precario* (*a*). Cette décision, que Justinien donne sans distinction, ne s'appliquait avant lui que dans le cas de violence à main armée (²); dans le cas contraire, l'interdit UNDE VI (*b*), comme l'interdit UTI POSSIDETIS, ne protégeait pas ceux qui possédaient *vi clam* ou *precario* à l'égard de leur adversaire (³). Du reste, ceux que la violence ou la crainte détermine à livrer eux-mêmes la possession n'ont pas cet interdit (⁴), mais l'action *quod metus causa* [1243].

L'interdit *unde vi* ne s'applique point aux meubles; mais Valentinien, sévissant contre l'auteur de la violence, veut qu'il restitue la chose, indépendamment de la propriété qu'il perdra si elle lui appartient, ou de la valeur qu'il paiera dans le cas contraire (⁵). Quant aux autres peines que doit encourir l'auteur de la violence, voyez le titre de *publicis judiciis* [1399].

§ VII.

1365. Une troisième division des interdits les distingue en simples et doubles. Les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI sont doubles (⁶), non comme l'interdit QUEM FUNDUM [1354];

(¹) *Ulp. fr.* 9, *quod met. caus.* — (²) *Gaius*, 4 *inst.* 155. — (³) *Gaius*, 4 *inst.* 154. — (⁴) *Ulp. fr.* 5, *de vi et vi armat.* — (⁵) *Text. hic*; § 1, *de vi bon. rapt.*; *Valent. et Theod. C.* 7, *unde vi.* — (⁶) *Text. hic*; *Gaius*, 4 *inst.* 160.

(*a*) *Licet ab eo qui dejecit vi vel clam vel precario possidebat* (*text. hic*). La force est autorisée contre la force, soit pour résister, soit pour reprendre la possession dont on serait déjà expulsé; mais pour cela il faut agir immédiatement, sans aucun intervalle (*Ulp. fr.* 3, § 9, *de vi et de vi arm.*; V. *Paul.* 5 *sent.* 6, § 7).

(*b*) Ulpien (*fr.* 1, § 6, *de vi et de vi arm.*). On donne pour motif l'existence des actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum*; mais ces trois actions supposent un intérêt [1135, 1141, 1379], et par conséquent ne garantissent pas la possession considérée en elle-même. Si l'on ne donnait pas l'interdit UNDE VI à l'égard des meubles, c'est donc, suivant M. de Savigny, parce que l'interdit UTRUBI suffisait pour recouvrer la possession, lorsqu'on y recourait assez tôt [1358].

mais doubles ou mixtes, comme les trois actions FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO et FINIUM REGUNDORUM [1], en ce sens que les deux contendants sont dans la même position, chacun d'eux étant tout à la fois demandeur et défendeur [1237].

En accordant les interdits prohibitoires, les seuls qui puissent être doubles, le préteur défend les voies de fait, *vim fieri veto*, sans nommer personne ; mais toute générale qu'elle paraît, cette prohibition ne s'applique en réalité qu'aux parties contendantes, et à l'une d'elles seulement dans les interdits simples. Ainsi les interdits, quoique formulés *in rem*, sont personnels par leur nature même, *vi ipsa* [2].

§ VIII.

1366. On ne parlera point ici des procédures auxquelles donnait lieu l'interdit rendu par le préteur, procédures très compliquées, comme on le verra dans les Institutes de Gaïus.

Le silence de notre texte sur ce point est présenté comme une conséquence des changements qu'avait éprouvés le système judiciaire, changements contemporains de la révolution politique et religieuse qui a déplacé le siége du gouvernement. En effet, le magistrat qui auparavant ne statuait lui-même que sur un petit nombre d'affaires [3], dut statuer directement sur toutes les causes, et ne plus donner de *judex* que par extraordinaire, lorsqu'il lui devenait impossible de suffire à la multiplicité des affaires. De cette manière, l'exception fut transformée en règle générale, et les *judicia* devinrent tous *extraordinaria* [1172]. Voyez à cet égard un texte de Paul [4], notablement interpolé par Tribonien.

1367. Théophile [5] assure que la justice, tant que les *judicia* ont été *ordinaria*, ne se rendait pas toute l'année, mais seulement dans le cours limité d'une session qui se tenait en hiver sous le nom de *conventus* (*a*), et dont le dernier jour était

[1] *Gaius, fr.* 37, § 1, *de obl. et act.* — [2] *Ulp. fr.* 1, § 3, *h. t.* — [3] *Ulp. fr.* 1, § 1 *et seqq.*, *de extraord. cognit.* — [4] *Fr.* 47, *de negot. gest.* — [5] *Pr.*, *de success. subl.*; § 4, *qui et ex quib. caus.*

(*a*) Gaïus emploie le mot *conventus* en parlant des provinces (1 *inst.* 20), mais en parlant de Rome il dit *cum res aguntur* (2 *inst.* 279). Ces deux expressions semblent n'exprimer qu'une seule et même chose.

réservé aux opérations du conseil de manumission dont on a parlé au premier livre [91]. Le *conventus*, suivant Théophile, tirait son origine des habitudes martiales des anciens Romains qui n'accordaient aux débats judiciaires que la saison pendant laquelle il faut laisser reposer les armes.

La vente en masse de tous les biens du débiteur par ses créanciers [934] a cessé, suivant Justinien (1), avec les *judicia ordinaria*, et suivant Théophile avec le *conventus :* mais on ne voit pas comment.

(1) *Pr., de success. subl.*

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent : quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus ageretur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

1. Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur ; nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad contradicendum pervenit.

At adversus inficiantes, ex quibusdam causis, dupli vel tripli actio constituitur : veluti, si damni injuriæ aut legatorum *locis venerabilibus relictorum* nomine agetur. Sta-

TITRE XVI.

DES PEINES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

On saura maintenant que les fondateurs de notre droit ont cherché avec le plus grand soin à empêcher qu'on ne plaidât trop légèrement. Tel est aussi notre but, et le meilleur moyen d'y parvenir consiste à réprimer l'imprudence des demandeurs et même des défendeurs, tantôt par une peine pécuniaire, tantôt par la religion du serment, tantôt par la crainte de l'infamie.

1. En effet, le serment est déféré, d'après notre constitution, à tous les défendeurs ; ils ne font valoir leurs moyens qu'après avoir juré que s'ils résistent à la demande, c'est parce qu'ils sont persuadés de la bonté de leur cause.

Dans plusieurs cas, l'action s'élève au double ou au triple contre ceux qui dénient ; par exemple, lorsqu'elle a pour objet un dommage causé à tort, ou un legs fait à des lieux vénérables ; tandis que

certaines actions s'élèvent, dès le principe, au-dessus du simple, comme l'action de vol manifeste au quadruple et l'action de vol non manifeste au double. Dans ces deux cas et dans quelques autres, soit que le défendeur nie, soit qu'il avoue, l'action s'élève au-dessus du simple.

tim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli : nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio.

L'esprit de chicane est également réprimé dans le demandeur; notre constitution l'oblige aussi à jurer *de calumnia ;* les avocats de l'une et l'autre partie prêtent aussi un serment déterminé par une de nos constitutions. Ces dispositions remplacent l'ancienne action *de calumnia*, qui mulctait le demandeur d'une peine équivalente au dixième du litige; mais elle est tombée en désuétude et nous ne lui connaissons aucune application. Au lieu de cette action, on a, d'une part, introduit le susdit serment, et d'autre part le plaideur téméraire devra payer à son adversaire les dommages et les dépens du procès.

Item actoris quoque calumnia coercetur; nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteris calumniæ actione introducta sunt; quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod numquam factum esse invenimus. Sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

2. Dans certaines actions, la partie condamnée encourt l'ignominie. Telles sont les actions de vol, de biens enlevés par force, d'injures et de dol; telles sont les actions directes, et non les actions contraires de tutelle, de mandat, de dépôt, et l'action de société, qui est directe pour tous les contractants : aussi, tout associé condamné par suite de cette action est-il noté d'ignominie. Dans les actions de vol, de biens enlevés par force, d'injures ou de dol, l'ignominie résulte non seulement de la condamnation, mais aussi de la transaction, et c'est avec raison; car le débiteur obligé par

2. Ex quibusdam judiciis damnati, ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi directis non contrariis actionibus; pro socio quæ ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut injuriarum aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

un délit diffère beaucoup de celui qui doit en vertu d'un contrat.

3. Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando : utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, ad eum qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso prætore postulaverint et impetraverint; et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

3. Pour exercer une action quelconque, il faut d'abord observer la partie de l'édit qui concerne la citation *in jus :* en effet, le défendeur doit toujours être cité *in jus*, devant le magistrat qui donne l'action. Or, dans cette partie, le préteur accorde aux ascendants et aux patrons, ainsi qu'aux ascendants et aux enfants des patrons et patronnes, l'honneur de ne pouvoir être cités *in jus* par leurs enfants ou par leurs affranchis, qu'autant que ces derniers en auront sollicité et obtenu l'autorisation du préteur lui-même ; et la peine établie contre ceux qui ont cité sans permission est de cinquante sols d'or.

EXPLICATION.

PR.

1368. Les hommes plaident souvent pour le plaisir de plaider. Aussi les fondateurs du droit (*qui jura sustinebant*) ont-ils toujours cherché à diminuer le nombre des procès ([1]), en empêchant que l'on ne plaidât, soit comme demandeur, soit comme défendeur, avec trop de facilité (*facile*), c'est-à-dire sans motifs ou sur des motifs fort légers, *si ratio litigandi non fuit* ([2]).

Pour arriver au même but, Justinien oppose à la témérité des plaideurs une pénalité pécuniaire, l'infamie qui résulte quelquefois de la condamnation, et le respect religieux qui s'attache au serment.

([1]) *Julian. fr.* 21, *de reb. cred.; Paul. fr.* 2, *de aqu. et aqu. pluv.* — ([2]) *Pap. fr.* 78, § 2, *de legat.*, 2°.

§ I.

1369. On appelle *calumnia* l'esprit de chicane ou la mauvaise foi d'une personne qui, pour vexer son adversaire, soutient sciemment une mauvaise prétention, comptant, pour réussir, sur l'erreur du juge ou sur son injustice plutôt que sur la vérité (1). A Rome, cette disposition malheureuse était réprimée, dans le défendeur, par différents moyens, notamment par la nécessité où il était de jurer que sa résistance n'avait pas lieu *calumniæ causa* (2). Toutefois ce serment, n'étant exigé qu'à défaut d'autre garantie, n'était jamais déféré dans les procès où, soit par la résistance du défendeur, soit par la nature même de l'action, la condamnation s'élève au double, au triple ou au quadruple (*a*). Sous Justinien, la garantie du serment devient universelle ; il doit être déféré dans toute espèce de procès (*omnibus qui conveniuntur*) : conséquemment le défendeur qui ne veut pas être considéré comme acquiesçant doit jurer *sese bona instantia uti* (3).

L'esprit de chicane était également réprimé, dans le demandeur, par plusieurs moyens, entre autres, par une action *de calumnia* accordée contre lui pour le dixième, et quelquefois pour le quart du procès originaire, aux personnes qu'il poursuivait de mauvaise foi, lorsqu'elles ne préféraient pas le contraindre, comme elles le pouvaient dans toute action, à jurer qu'il n'agissait pas *calumniæ causa* (4).

1370. Justinien supprime l'action *de calumnia*, déjà tombée en désuétude, et ne laisse subsister que le serment *pro calumnia* : ainsi le demandeur doit, à peine de déchéance, jurer qu'il agit, non par esprit de chicane, *calumniandi animo* (5), mais parce qu'il croit à la bonté de sa cause.

Les avocats de l'une et de l'autre partie doivent aussi prêter un long serment, dont la formule nous a été transmise par Justinien (6).

(1) *Gaius, 4 inst.* 178. — (2) *Gaius, 4 inst.* 172. — (3) *Text. hic; C.* 2, *pr. et* § 7, *de jurej. propt. calumn.* — (4) *Gaius, 4 inst.* 175, 176. — (5) *Justin. d. C.* 2, *pr. et* § 6, *de jurej. propt. cal.* — (6) *C.* 14, § 1, *de judic.*

(*a*) *Gaius, 4 inst.* 9, 171 *et* 172 ; V. § 26, *de act.* Notre texte suppose des cas où la contradiction du défendeur élève la condamnation au triple (*adversus inficiantes... dupli vel tripli actio*), ce dont on ne connaît aucun exemple.

L'empereur veut, en outre, que les dépens (*impensas litis*) et les autres pertes ou dommages (*damnum*), que le procès a causés à la partie qui le gagne, lui soient remboursés par le mauvais plaideur (*improbus litigator*), c'est-à-dire par le vaincu, lors même qu'il n'a pas plaidé de mauvaise foi ([1]). En cela Justinien n'établit précisément rien de nouveau ([2]).

§§ II et III.

1371. On comprend facilement pourquoi les actions de vol, *vi bonorum raptorum*, d'injures et de dol, sont infamantes contre le défendeur, non seulement lorsqu'il est condamné, mais aussi lorsqu'il transige ([3]), pour un prix quelconque ([4]), et par cela même avoue un fait honteux ([5]). Quant aux actions infamantes qui résultent de certains contrats, elles ne flétrissent le défendeur que lorsqu'il est condamné ([6]), et dans le cas même où l'action directe se trouve infamante parce qu'elle suppose un manque de foi, l'action *contraria* où il s'agit ordinairement d'indemnités et de calculs n'emporte aucune flétrissure ([7]), du moins en règle générale ; car l'action *contraria*, lorsqu'elle suppose un manque de foi, devient aussi infamante ([8]).

Ces distinctions semblent supposer que, dans l'action directe elle-même, la condamnation encourue, non pour dol, mais pour simple faute, n'emporte aucune infamie ([9]).

Ajoutons qu'il s'agit ici des défendeurs poursuivis en leur propre nom pour un fait qui leur est personnel, et non de ceux qui défendent au nom ou pour le fait d'une autre personne dont ils sont tuteur, procureur ou héritier ([10]).

Le § 3 a été expliqué ci-dessus [1223].

([1]) *Justin. C.* 13, § 6, *eod.*—([2]) *Pap. fr.* 78, § 2, *de legat.*, 2°; *Ulp. fr.* 79, *de judic.*; *Zen. C.* 5, *de fruct. et lit. exp.* — ([3]) § 2, *h. t.* V. *Ulp. fr.* 4, § 5, *de his qui not. infam.* — ([4]) *Ulp. fr.* 6, § 3, *eod.* — ([5]) *Paul. fr.* 5, *eod.* — ([6]) § 2, *h. t.*; *Paul. fr.* 7, *de his qui not. infam.* — ([7]) § 2, *h. t.*; *Ulp. d. fr.* 6, § 7. — ([8]) *Ulp. d. fr.* 6, § 5. — ([9]) § 6, *de suspect. tut.*; *Ulp. d. fr.* 6, § 7, *de his qui not. infam.*—([10]) *Ulp. fr.* 6, § 2; *Julian. fr.* 1, *eod.*

TITULUS XVII.	TITRE XVII.
DE OFFICIO JUDICIS.	DE L'OFFICE DU JUGE.
Superest ut de officio judi-	Il nous reste à traiter de l'office

du juge. Ce qu'il doit surtout observer, c'est de ne point s'écarter des règles établies par les lois, par les constitutions ou par l'usage.

1. Le juge devant lequel on porte une action noxale, et qui croit devoir condamner le maître, doit le condamner en ces termes : « Je condamne Publius Mévius » envers Lucius Titius, à payer » dix ou à faire abandon noxal. »

2. Dans les actions réelles, le juge qui prononce contre le demandeur doit absoudre le possesseur; s'il prononce contre le possesseur, il doit lui ordonner de restituer la chose avec les fruits. Mais lorsque le possesseur déclare ne pouvoir restituer immédiatement, et demande un délai, il faut le lui accorder, si l'on reconnaît qu'il le demande sans intentions frustratoires; pourvu toutefois qu'il garantisse par fidéjusseur l'estimation du litige, pour le cas où la restitution ne serait pas faite dans le délai fixé dans la pétition d'hérédité, on applique, à l'égard des fruits, les règles précédemment exposées sur la revendication des objets particuliers. Les fruits non perçus par la faute du possesseur se comptent à peu près de même dans l'une et dans l'autre action, lorsque le possesseur est de mauvaise foi. Lorsqu'il est de bonne foi, il ne tient compte ni des fruits consommés, ni des fruits non perçus; mais après la demande

cis dispiciamus. Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

1. Ideoque si noxali judicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videatur dominus, ita debeat condemnare: PUBLIUM MÆVIUM LUCIO TITIO DECEM AUREOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEDERE.

2. Et si in rem actum sit : sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem; sive contra possessorem, jubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei : ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit; si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio

habetur qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit si exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat se restituturum; quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.

4. Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invi-

formée, on tient compte des fruits non perçus par la faute du possesseur, et des fruits consommés.

3. Dans l'action *ad exhibendum*, il ne suffit pas que le défendeur exhibe la chose; il doit exhiber aussi tout ce qui en dépend, c'est-à-dire que le demandeur doit être placé dans la position que lui aurait donnée une exhibition faite à l'instant même où elle a été demandée. Ainsi, le possesseur qui pendant l'instance a usucapé la chose n'en est pas moins condamné. En outre, le juge doit tenir compte des fruits du temps intermédiaire, c'est-à dire, du temps postérieur à l'obtention de l'action, et antérieur à la chose jugée. Lorsque le défendeur poursuivi par l'action *ad exhibendum* déclare ne pouvoir exhiber sur-le-champ, et demande un délai pour exhiber, on doit le lui accorder si l'on reconnaît qu'il le demande sans intentions frustratoires, à la condition toutefois de donner caution pour la restitution. Faute par lui d'exhiber immédiatement sur l'ordre du juge, ou de garantir l'exhibition ultérieure, il encourt une condamnation équivalente à l'intérêt qu'aurait eu pour le demandeur une exhibition immédiate.

4. Dans l'action *familiæ erciscundæ*, il faut adjuger un objet à l'un des héritiers, un objet à l'autre; et l'adjudicataire dont le lot se trouve trop fort doit être, ainsi qu'on l'a déjà dit, condamné

envers son cohéritier au paiement d'une certaine somme. Chaque héritier doit aussi être condamné envers son cohéritier, soit pour avoir seul perçu les fruits d'un fonds héréditaire, soit pour avoir détérioré ou consommé une chose appartenant à l'hérédité. On observe les mêmes règles, lorsqu'il y a plus de deux héritiers.

cem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi percepit aut rem hereditariam corruperit aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.

5. Il en est de même dans l'action *communi dividundo*, lorsqu'elle s'applique à plusieurs objets. Lorsqu'on l'intente pour un seul objet, pour un fonds, par exemple, il faut, si les localités permettent de le diviser avantageusement, adjuger à chacun des copropriétaires une partie du fonds; et si l'un d'eux reçoit un lot trop fort, il sera condamné envers l'autre au paiement d'une certaine somme. Si la chose ne peut être avantageusement divisée, par exemple lorsqu'il s'agit d'un esclave ou d'un mulet, il faut adjuger le tout à l'une des parties, et la condamner envers l'autre au paiement d'une certaine somme.

5. Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, et si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti homo forte aut mulus erit de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.

6. Dans l'action en bornage, le juge doit examiner si l'adjudication est nécessaire: or elle ne l'est qu'en un seul cas, lorsqu'il importe d'assigner aux terres des limites plus apparentes que les limites actuelles. Dans ce cas, il faut nécessairement adjuger partie d'un champ au propriétaire de l'autre; et alors ce dernier doit être condamné en retour au paiement d'une certaine somme. Cha-

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti; nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari, quo casu conveniens est ut is alteri certa

pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

cune des parties doit aussi être condamnée à raison du dol qu'elle aurait pratiqué relativement aux limites, par exemple, en déplaçant furtivement les bornes, ou en coupant les pieds corniers. La même action donne également lieu de condamner pour contumace celui qui, par exemple, s'oppose à un arpentage ordonné par le juge.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.

7. L'objet qui, par suite de ces actions, a été adjugé à l'une des parties, devient aussitôt sa propriété.

EXPLICATION.

PR.

1372. Le premier devoir du juge est de statuer conformément aux lois, aux constitutions ou à l'usage, c'est-à-dire conformément aux règles établies par le droit écrit ou non écrit; car les sénatus-consultes et les *responsa prudentum* sont tacitement compris dans cette énumération incomplète des sources du droit civil [1]. Doit-on y comprendre également les édits prétoriens? Si l'on se rappelle que ces édits, malgré leur grande autorité, ne font point partie du droit civil proprement dit, de l'*ipsum jus*, on reconnaîtra que leur observation n'entre pas directement dans l'office du juge. Aussi, pour faire appliquer le droit honoraire, faut-il tantôt ajouter à l'action une exception, tantôt recourir aux actions *in factum*, pour ne pas poser au juge une question qu'il déciderait nécessairement d'après les règles du droit civil.

Telle est, au surplus, la sévérité de ce premier devoir qu'une décision directement contraire aux principes du droit reste nulle, indépendamment de l'appel qui devient inutile. Aussi, en pareil cas, peut-on débattre et juger de nouveau la même question, sans craindre l'autorité qu'obtient ordinairement la

[1] *Modest. fr. 19, de appell.; Theoph. hic.*

chose jugée [1]. Quant au juge qui a violé les lois, il encourt la déportation [2].

L'observation des lois est un précepte général duquel dérivent ou auquel se joignent, pour certaines actions, des devoirs particuliers dont Justinien s'occupe dans les paragraphes suivants.

§ I.

1373. La loi des Douze Tables, qui assujettit le maître d'un esclave aux actions noxales, lui permet de se libérer en abandonnant le délinquant [1291] : aussi lors même qu'il condamne le maître, le juge doit-il réserver expressément l'abandon noxal, et à cet effet prononcer une condamnation alternative, dont notre texte a conservé la formule.

Le défendeur condamné pourra donc abandonner l'esclave ; mais on ne l'y contraindra point, parce qu'il n'est pas condamné à faire cet abandon qui reste purement facultatif. Le seul objet direct et obligatoire de la condamnation, c'est la valeur pécuniaire fixée par le juge [3].

1374. En effet, toute condamnation est essentiellement pécuniaire, et lors même que le procès porte sur un corps certain, le juge ne condamne pas à remettre la chose, mais à payer une somme qu'il fixe par évaluation [4], de manière que le montant de la condamnation soit toujours déterminé, lors même que la formule aurait été donnée *de incerta quantitate* (*a*) ; car autrement, si le juge prononçait une condamnation sans en fixer le montant, la sentence, loin de terminer le litige, deviendrait la source d'un nouveau procès [5].

Justinien conserve ce principe, du moins comme une règle générale que le juge doit observer autant que faire se pourra, *quantum possibile sit* [6], ce qui jette ici beaucoup de vague. Remarquons d'ailleurs que, dans le Bas-Empire, la condam-

(1) *Modest. d. fr.* 19, *de appell.*; *Alex. C.* 2, *quando prov. non est necess.* — (2) *Paul.* 5 *sent.* 25, § 4 ; *fr.* 1, § 3, *de l. c. de fals.* — (3) *Text. hic.* V. *Ulp. d. fr.* 6, § 1. — (4) *Gaius*, 4 *inst.* 48. — (5) *Theoph. hic.* V. *Gordian. C.* 3 et 4, *de sent. quæ sine cert. quant.* — (6) § 32, *de action.*

(*a*) § 32, *de act.* Par exemple, *Quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna*, ou *Quidquid, ob eam rem dare facere oportet, id condemna* (*Gaius*, 4 *inst.* 47 *et* 52), par opposition à la CONDICTIO CERTI : *Si paret decem dare oportere, decem condemna* (*Gaius*, *ibid.* 41 *et* 43).

nation n'est plus exclusivement pécuniaire ; elle consiste en une somme d'argent ou en toute autre chose, *pecuniæ vel rei* ([1]), suivant l'objet pour lequel l'action est intentée. On ne concevait pas même, sous Justinien, que la condamnation portât sur la valeur des choses au lieu de porter sur la chose même ([2]).

§ II.

1375. La revendication, qui est l'action réelle proprement dite, n'offre rien de particulier dans l'hypothèse où le juge statue contre le demandeur (*contra petitorem judicaverit*); car alors il doit, comme dans toute autre action, absoudre le défendeur. Dans le cas inverse, la condamnation du défendeur semble inévitable ; mais comme l'action *in rem* est arbitraire, il reste encore pour le défendeur une chance d'absolution dans l'exécution de l'*arbitrium* [1257].

Le défendeur peut donc être absous lors même qu'on a jugé contre lui ; et dans ce cas, s'il invoque plus tard l'exception de la chose jugée, il faudra répliquer qu'il n'y a pas chose jugée en sa faveur ([3]). En effet, il ne faut pas confondre la chose jugée avec la condamnation ou l'absolution du défendeur : la première diffère de la seconde comme la cause de l'effet. Il y a chose jugée sans condamnation ni absolution dans les *præjudicia* [1225] ; dans les autres actions, la chose jugée résulte implicitement au moins de la condamnation ou de l'absolution du défendeur; mais, quand l'action est arbitraire, le juge, avant de rendre son *arbitrium*, prononce explicitement sa décision sur la question résultant de l'*intentio*. Ainsi, par exemple, les textes distinguent, tantôt si le juge a prononcé en droit qu'un impubère a pu tester valablement, et en conséquence que l'hérédité appartient à l'institué, ou s'il a décidé en fait que le défunt est décédé pubère, et en conséquence que son testament est valable ([4]), tantôt si le défendeur absous dans une revendication, l'a été par tel motif plutôt que par tel autre, et spécialement parce qu'il ne possédait pas ([5]).

1376. L'*arbitrium*, en cas de revendication, consiste le plus souvent en un *jussus* [1257] qui enjoint au défendeur de resti-

([1]) § 32, *de act.* — ([2]) *Justin. C.* 17, *de fideic. libert.* — ([3]) *Ulp. fr.* 9, § 1, *de except. rei jud.; Marcian. fr.* 16, § 5, *de pign. et. hyp.* — ([4]) *Alex. C.* 2, *quand. prov. non est necess.* — ([5]) *Ulp. fr.* 9 *et* 18, *de except. rei jud.*

tuer la chose avec les fruits (*rem ipsam cum fructibus*). Si le défendeur demande du temps, non pour traîner en longueur (*sine frustratione*), mais parce qu'une restitution immédiate serait impossible, le juge accordera un délai, pourvu que le défendeur garantisse, en donnant un fidéjusseur, le montant de la condamnation (*de litis æstimatione*) qui, à défaut de restitution dans le délai fixé, sera prononcée contre lui.

Lorsque le défendeur a la chose à sa disposition, la restitution se fait immédiatement par sa volonté ou même malgré lui, au moyen de la force publique, *manu militari* (1), et alors l'*arbitrium* se trouvant exécuté en partie au moins par la remise de l'objet principal, il ne peut y avoir condamnation que pour les accessoires, par exemple, pour les fruits. Si la restitution se trouve impossible, le défendeur subit une condamnation qui, en cas de dol de sa part, n'a d'autre limite que le serment *in litem* prêté par son adversaire [1214], et qui, dans le cas contraire, se restreint à la valeur de la chose principale et de ses accessoires. Il en est de même dans les autres actions où l'*arbitrium* ordonne une restitution (2).

1377. De la revendication Justinien passe à la pétition d'hérédité, pour établir relativement aux fruits une similitude presque complète (*a*) entre les deux actions. Cette similitude semble exister en effet pour les fruits perçus *post inchoatam petitionem* (3), ou, ce qui revient au même, *post litem contestatam*, car à compter de ce moment le possesseur ne peut plus être de bonne foi, et il doit compte soit des fruits qu'il a perçus et consommés, soit même des fruits qu'il aurait pu percevoir.

Quant aux fruits du temps antérieur, on peut s'étonner de la comparaison établie par notre texte; car s'il appartient au juge qui statue sur la pétition d'hérédité de faire rendre les

(1) *Ulp. fr.* 68, *de rei vind.* — (2) *Ulp. d. fr.* 68; *Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.* V. 1244. — (3) *Text. hic, in fin.*

(*a*) *Eadem ratio pene habetur.* Ce correctif s'applique aux fruits que le *prædo* ou possesseur de mauvaise foi a négligé de percevoir. On ne sait pas précisément ce que signifie le mot *pene;* mais on l'expliquerait peut-être en observant que dans la revendication le possesseur de mauvaise foi doit compte à son adversaire de tous les fruits que ce dernier aurait pu percevoir (*Pap. fr.* 62, § 1, *de rei vind.*), tandis que dans la pétition d'hérédité le *prædo* n'est comptable des fruits non perçus que dans le cas où il a dû (*Ulp. fr.* 25, § 4, *de her. pet.*) et par conséquent pu les percevoir (*M. Æl. Ant. C.* 1, § 1, *de pet. her.*).

fruits perçus avant la *litis contestatio*, parce qu'ils sont compris dans l'hérédité, sorte d'universalité qui est susceptible de s'accroître et s'accroît en effet de tous les fruits : *fructus augent hereditatem* (1), il semble qu'on doive décider autrement pour les fruits d'un objet déterminé. Ces fruits restent distincts de la chose qui les a produits ; comment donc le juge qui doit prononcer sur la revendication de cette chose peut-il statuer à leur égard ? Ne faut-il pas plutôt les demander par une action particulière, c'est-à-dire par la revendication, lorsqu'ils existent encore, ou par la condiction lorsqu'ils ont été consommés [361, 503] ? D'un autre côté, si la revendication permet au possesseur de bonne foi de profiter des fruits perçus et consommés (2), la pétition d'hérédité, au contraire, l'oblige à rendre, sinon tous les fruits, du moins tous les profits qu'il en a tirés (3).

1378. Nous remarquerons d'abord que, si les fruits déjà perçus au moment de la *litis contestatio* peuvent devenir l'objet d'une revendication spéciale (4), il n'en résulte pas qu'il soit interdit au juge de les comprendre dans l'*arbitrium* qui ordonne de restituer la chose *cum sua causa* [1380], et par conséquent *cum fructibus*. Quant à la différence précédemment signalée entre la pétition d'hérédité et la revendication, relativement aux fruits consommés de bonne foi, elle dérive d'un sénatus-consulte rendu sous Adrien (*a*) ; il ne serait donc pas impossible que notre texte, tiré d'un ancien jurisconsulte, remontât par sa rédaction à une époque antérieure.

Quoi qu'il en soit, lorsque le juge statue sur la restitution des fruits en matière de revendication, c'est par un *jussus* ou *arbitrium* antérieur à toute condamnation (*jubere debet ut rem ipsam restituat cum fructibus*). Sous ce rapport, il n'y aurait aucune comparaison possible entre la revendication et toute autre action qui ne serait pas également arbitraire ; mais il faut remarquer que la pétition d'hérédité est arbitraire comme les

(1) *Ulp. fr.* 20, § 3 ; *fr.* 25, § 20, *de her. pet.* — (2) § 35, *de div. rer.*; *Paul. fr.* 1 ; *fr.* 4, § 2, *fin. reg.* — (3) *Paul. fr.* 40, § 1, *de her. pet.*; *fr.* 28, *eod.* — (4) *Gordian. C.* 4, *de crim. expil. hered.*

(*a*) La veille des Ides ou le 14 de mars, pendant le consulat de J. Balbus et de J. Celsus (*Ulp. fr.* 20, § 6, *de her. pet.*; *M. Æl. Ant. C.* 1, *de pet. her.*), c'est-à-dire l'an de Rome 882, et de Jésus-Christ 129.

autres actions réelles, et qu'elle n'a pas perdu ce caractère, lorsqu'elle a été définitivement rangée parmi les actions *bonæ fidei* [1251].

§ III.

1379. Ceux qui veulent revendiquer un objet mobilier (*a*) agiraient souvent au hasard, si auparavant ils n'examinaient pas la chose pour vérifier son identité ou constater son état. Ils sont donc pécuniairement intéressés à se la faire représenter, et, à raison même de leur intérêt, ils ont une action personnelle dite *ad exhibendum*, contre toutes personnes à qui la possession ou la simple détention rend l'exhibition possible, et même contre celles qui se sont mises par dol dans l'impossibilité d'exhiber (1).

Cette action étant arbitraire, on s'occupe ici du *jussus*, par lequel le juge, après avoir reconnu l'intérêt que prétend avoir le demandeur, et conséquemment après avoir prononcé contre le défendeur, ordonne à celui-ci d'exhiber la chose, c'est-à-dire de la représenter au demandeur en le mettant à même de faire publiquement, par ses yeux et par ses mains, la vérification qui lui importe (2), et d'intenter ensuite l'action qui lui appartient (3); ce qui suppose que l'objet, lorsqu'il se trouve joint à un autre, en sera séparé et détaché (4).

1380. La représentation de la chose ne constitue pas une exhibition suffisante, lorsque, dans l'intervalle du litige, la résistance du défendeur a fait perdre à son adversaire un droit ou un avantage quelconque, et notamment l'action qu'il se proposait d'exercer après l'exhibition. Dans ce cas, il faut, pour éviter la condamnation, que le défendeur exhibe, outre

(1) *Ulp. fr.* 3, §§ 3, 4 *et* 15; *fr.* 5, § 2; *fr.* 9, § 2; *Pomp. fr.* 4: *fr.* 14; *Gaius, fr.* 13, *ad exhib.* — (2) *Ulp. fr.* 3, § 8, *de hom. liber. exhib.*; *Pomp. fr.* 246, *de verb. signif.* — (3) *Ulp. fr.* 2, *ad exhib.* — (4) *Paul. fr.* 6, *eod.*; *fr.* 23, § 5, *de rei vind.*

(*a*) C'est surtout pour faciliter la revendication qu'a été introduite l'action *ad exhibendum* (*Ulp. fr.* 1, *ad exhib.*; *fr.* 3, §§ 6 *et* 10, *eod.*), qui du reste appartient en règle générale à quiconque est pécuniairement intéressé à obtenir l'exhibition (*Ulp. fr.* 4, § 7; *Gaius, fr.* 13, *eod.*), soit pour intenter ensuite une action réelle quelconque (*Ulp. fr.* 3, §§ 3 *et* 4, *eod.*), ou même certaines actions personnelles, par exemple une action noxale pour le fait d'un esclave dont on ignore le nom, mais dont on connaît le maître. Le demandeur peut se faire représenter tous les esclaves de ce dernier afin de désigner parmi eux le délinquant (*Ulp. d. fr.* 3, § 7, *eod.*).

la chose même, ce qu'on appelle *rei causa ;* c'est-à-dire qu'il faut replacer le demandeur dans la position où l'aurait mis une exhibition immédiate, et conséquemment l'indemniser de tout ce que lui ont fait perdre, soit le défaut d'exhibition, soit une exhibition tardive (1). Il faudra donc tenir compte des fruits perçus pendant le litige (*medii temporis*), et si l'usucapion, accomplie dans le même intervalle, a rendu la revendication impossible, le défendeur doit, en exhibant l'objet dont il est devenu propriétaire, consentir que la revendication produise rétroactivement l'effet d'une revendication exercée avant l'usucapion (2). Autrement l'exhibition est inutile, et n'empêche pas le défendeur d'être condamné (3).

On applique à la restitution des objets revendiqués ce qui vient d'être dit sur la *rei causa,* ainsi que les décisions de notre texte sur le délai demandé par le défendeur, sur la caution qu'il doit fournir et sur la condamnation à laquelle l'exposerait le défaut d'exhibition ou de caution (4).

§§ IV et V.

1381. Nous avons parlé précédemment des différentes parties dont se compose la formule, et entre autres de la *condemnatio*, qui confère au juge le pouvoir d'absoudre le défendeur ou de prononcer contre lui une condamnation pécuniaire [1374]. Quelquefois ce pouvoir de condamner une personne se trouve combiné avec un autre pouvoir sur certaines choses, celui de les adjuger, c'est-à-dire d'en attribuer la propriété exclusive (5); et alors la formule qui donne au juge ce dernier pouvoir contient, indépendamment de la *condemnatio*, une autre partie dite *adjudicatio.* C'est ce qui arrive dans les trois actions FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO et FINIUM REGUNDORUM (*a*).

L'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*

(1) *Ulp. fr.* 9, §§ 5, 7 *et* 8 ; *fr.* 11 ; *Paul. fr.* 10, *eod.* — (2) *Ulp. d. fr.* 9, § 6. — — (3) *Text. hic.* — (4) *Gaius, fr.* 18 *et* 20, *de rei vind.; Paul. fr.* 12, § 5, *ad exhib.* — (5) § 7, *h. t.*

(*a*) §§ 4, 5 *et* 6, *h. t.;* V. *Gaius,* 4 *inst.* 39 *et* 42. Le mot adjuger (*hypothecam adjudicatam; Marcian. fr.*16, § 5, *de pign. et hyp,; fr.* 12, *qui potior*) se trouve quelquefois employé à l'occasion de l'action hypothécaire; mais alors il ne s'agit pas de transférer la propriété des objets ainsi adjugés, puisque le créancier adjudicataire ne peut pas les revendiquer (*Marcian. d. fr.* 16, § 5).

ont pour but commun le partage soit d'une hérédité entre cohéritiers, soit d'une ou plusieurs choses indivises entre copropriétaires. Lorsqu'il existe plusieurs objets, le juge doit adjuger chacun d'eux et les répartir entre les copartageants, en égalisant la valeur des lots autant que possible ; mais comme on n'obtient presque jamais un partage parfaitement égal, le juge qui a fait les adjudications doit, pour rétablir l'égalité, user du pouvoir de condamner. Il condamne effectivement celui des copartageants dont le lot serait trop fort à payer aux autres une somme fixe ([1]).

1382. Le juge peut, sauf les condamnations nécessaires pour égaliser les valeurs, diviser un seul et même objet, par exemple un fonds, et adjuger à chacun des copartageants une partie déterminée ([2]), ou même, si la division est impossible ou trop difficile, adjuger à une seule personne la totalité de la chose à partager ([3]). Il peut aussi adjuger à l'un des copartageants la nue propriété, et à l'autre l'usufruit du même objet ; enfin, lorsqu'il adjuge différents héritages à différentes personnes, il peut établir entre eux une servitude quelconque ([4]).

Voilà pour les choses à partager ; mais les actions dont nous parlons ici s'appliquent encore à différentes obligations ([5]), qui se forment entre cohéritiers ou entre copropriétaires [1100]. Sous ce rapport, il n'est plus question d'adjuger, le *judex* n'a qu'un pouvoir, celui de condamner ou d'absoudre ([6]).

§ VI.

1383. La limite des champs contigus qui appartiennent à différents propriétaires est souvent incertaine ; alors, en cas de contestation, l'action *finium regundorum* (a) charge le juge de rechercher la véritable limite. A cet effet, le juge doit s'éclairer par ses propres yeux, par l'inspection des anciens monuments et par le rapport des arpenteurs ([7]), et condamner celle des

([1]) § 4, *h. t.*; § 20, *de action.*; *Julian. fr.* 52, § 2, *famil. ercisc.*— ([2]) § 5, *h. t.*; *Ulp. fr.* 22, § 2, *famil. ercisc.* — ([3]) *Ulp. fr.* 55, *eod.* V. § 5, *h. t.* — ([4]) *Ulp. fr.* 22, § 3, *famil. ercisc.*; *fr.* 7, § 1, *commun. div.*; *Javol. fr.* 18, *eod.*— ([5]) *Ulp. d. fr.* 22, § 4, *famil. ercisc.* — ([6]) § 4, *in fin.*, *h. t.* — ([7]) *Ulp. fr.* 8, § 1; *Pap. et Paul. fr.* 11 *et* 12, *fin. reg.*

(a) On appelle *fines* ou *confinium* un espace de cinq pieds de largeur, qui, d'après la loi des Douze Tables, devait rester vacant et par conséquent inculte entre les propriétés voisines (*Pothier*, 10 *Pand.* 1, *n°* 9 ; 50 *Pand.* 16, *n°s* 52 *et* 98).

parties qui résiste à l'ordre par lui donné soit d'abattre un arbre ou une construction qui empiète sur la limite (1), soit d'arpenter les héritages (2), et probablement aussi de restituer le terrain usurpé (3); car l'action personnelle *finium regundorum*, qui tient lieu de la revendication, *pro vindicatione rei est* (4), a toutes les apparences d'une action arbitraire.

Les condamnations que le juge peut avoir à prononcer comprennent aussi les délits commis par l'un des voisins, *circa fines*, par l'enlèvement des pieds corniers (*arbores finales*), ou par la soustraction des bornes (5).

1384. Jusqu'ici l'adjudication ne figure en aucune manière. Elle n'intervient, en effet, dans l'action *finium regundorum*, que lorsqu'il y a nécessité d'adjuger et conséquemment de transférer à l'un des voisins une partie quelconque du terrain qui appartient à l'autre, en indemnisant celui-ci par une condamnation prononcée contre le premier ; mais il faut pour cela qu'il y ait avantage à substituer aux limites actuelles d'autres limites plus apparentes et plus certaines (6).

§ VII.

1385. La propriété des objets adjugés, comme on vient de le dire, est immédiatement acquise à l'adjudicataire (7), indépendamment de toute tradition; parce que l'adjudication est par elle-même une manière de transférer le domaine des choses *mancipi* ou *nec mancipi* (8), du moins lorsque le *judicium* est *legitimum* (9).

Dans l'action *finium regundorum*, l'effet translatif de propriété que l'on attribue à l'adjudication se conçoit aisément ; quant aux deux autres actions, on n'aperçoit pas aussi clairement ce que peut acquérir chacun des copartageants, puisqu'il était déjà propriétaire de l'objet qu'on lui adjuge. Cet objet lui appartenait en effet, mais pour partie seulement, c'est-à-dire pour la moitié, le tiers ou le quart, tandis qu'après l'adjudication, ce même objet lui appartient en totalité : il y a donc acquisition réciproque, chacun ayant échangé la part indivise que ses cohéritiers ou ses copropriétaires avaient sur son lot

(1) *Paul. fr.* 4, § 3, *eod.* — (2) *Text. hic, in fin.* — (3) *Ulp. fr.* 8 ; *Modest. fr.* 7, *eod.* — (4) *Paul. fr.* 1, *fin. reg.* — (5) *Text. hic.* V. *Paul. fr.* 4, § 4, *fin. reg.* — (6) *Text. hic.* V. *Ulp. fr.* 2, § 1 ; *Gaius, fr.* 5, *fin. reg.* — (7) *Text. hic.* — (8) *Ulp*, 19 *reg.* 2 *et* 16, *fr.* 6, § 3, *de statulib.* — (9) *Paul. fragm. vatic.*, § 47.

contre la part indivise qu'il avait lui-même sur le lot des autres. Lors même qu'il s'agit d'un seul objet, par exemple d'un terrain que l'on divise en deux portions [1], l'adjudication des deux lots a encore tous les résultats d'un véritable échange : en effet, chacun des copropriétaires avait primitivement une fraction indivise, une moitié du tout et de chaque atome, et pour cette moitié dans la totalité, il obtient la totalité d'une moitié distincte et déterminée. Cela est tellement vrai, que l'hypothèque établie par l'un des copropriétaires sur sa part indivise, par exemple sur sa moitié, subsiste après l'adjudication sur la moitié de son lot et sur la moitié de l'autre [2].

[1] § 5, *h. t.* — [2] *Ulp. fr.* 6, § 8, *commun. div.*

TITRE XVIII.

DES INSTANCES PUBLIQUES.

Les instances publiques ne s'introduisent point par des actions, et n'ont absolument rien de commun avec les autres instances dont nous avons parlé. Il existe une grande différence dans la manière d'intenter et de suivre les unes et les autres.

1. Les instances publiques sont ainsi appelées, parce que ordinairement la poursuite en est accordée à tout citoyen.

2. Parmi les instances publiques, les unes sont capitales, les autres non capitales. Nous appelons capitales celles qui entraînent le dernier supplice, l'interdiction du feu et de l'eau, la déportation ou les mines. Celles qui emportent infamie avec peine pécuniaire sont publiques, mais non capitales.

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quidquam simile habent cum ceteris judiciis de quibus locuti sumus; magnaque diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis.

1. Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.

2. Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt, vel aquæ et ignis interdictione vel deportatione vel metallo; cetera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, non tamen capitalia.

3. Publica autem sunt hæc: lex Julia majestatis, quæ in eos qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Hujus pœna animæ amissionem sustinet, et memoria rei etiam post mortem damnatur.

4. Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed et eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent; sed eadem lege Julia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Gaius noster in interpretatione legum Duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur quod ab arcu mittitur; sed et omne significatur quod manu cujusdam mittitur. Sequitur ergo ut lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur, dictumque ab eo quod in longinquum mittitur, a græca

3. Appartiennent aux instances publiques, savoir: la loi Julia pour lèse-majesté, qui étend sa rigueur sur ceux qui ont tramé quelque complot contre l'empereur ou contre l'Etat. Elle inflige peine de mort, et la mémoire du coupable est condamnée même après son décès.

4. Telle est aussi la loi Julia sur la répression des adultères. Elle punit par le glaive, non seulement les complices d'une épouse adultère, mais encore ceux qui osent se livrer avec des hommes à une infâme débauche. La même loi Julia punit aussi le crime de séduction pratiquée sans violence envers une fille ou une veuve de bonne vie. Cette loi punit les coupables, lorsqu'ils sont d'une classe honorable, par la confiscation de moitié de leurs biens; et lorsqu'ils sont de basse condition, par une correction corporelle avec relégation.

5. Telle est aussi la loi Cornelia contre les sicaires: elle poursuit d'un fer vengeur les homicides et ceux qui, pour tuer un homme, marchent armés d'un *telum* (trait). *Telum*, d'après le commentaire que notre Gaïus a écrit sur la loi des Douze Tables, signifie communément le trait qu'on lance avec un arc; mais cette expression désigne aussi tout ce qu'on lance avec la main. Ainsi le bois, les pierres, le fer, sont compris dans le mot *telum*, qui dérive du mot grec τηλοῦ, et désigne les projectiles qu'on lance

au loin. La même signification se retrouve dans l'expression même dont se servent les Grecs ; car ce que nous appelons *telum*, ils l'appellent βέλος et βάλλεσθαι (lancer). C'est ce que nous apprend Xénophon dans ce passage : *Ils firent pleuvoir des traits de toute espèce, javelots, flèches, etc. ; quelques uns lançaient aussi des pierres.* Les sicaires sont ainsi appelés du mot *sica*, qui signifie poignard. La même loi condamne également à la peine capitale les empoisonneurs dont la science odieuse fait périr une personne, soit par le poison, soit par des paroles magiques, ou qui vendent publiquement des drogues nuisibles.

6. Une autre loi, dite loi Pompéia contre les parricides, poursuit le plus horrible des crimes par une peine nouvelle. D'après cette loi, quiconque agissant ouvertement ou sécrètement hâte le destin d'un ascendant, d'un fils ou d'un autre parent dont le meurtre est qualifié parricide ; quiconque fait méchamment commettre ce crime ou s'en rend complice, encourt, quoique étranger, la peine des parricides.

Au lieu d'être livré au glaive, aux flammes ou à tout autre supplice ordinaire, il sera cousu dans un sac de cuir avec un chien, un coq, une vipère et un singe. Enfermé avec ces animaux dans cette étroite prison, il sera, suivant les localités, précipité dans la mer ou dans le fleuve le plus voisin : ainsi, avant de mourir, il perdra l'usage de tous les élé-

voce ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. Et hanc significationem invenire possumus et in græco nomine : nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit : Καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur a *sica*, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis tam venenis quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.

6. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, Quæ Pompeia de parricidis vocatur. Qua cavetur ut, si quis parentis aut filii, aut omnino adfectionis ejus quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id ausus fuerit, nec non is cujus dolo malo id factum est vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur.

Et neque gladio neque ignibus neque ulla alia solemni pœna subjiciatur ; sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia, et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur, ut omnium elementorum usu vivus carere

incipiat, et ei cœlum superstiti et terra mortuo auferatur.

Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

7. Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, significaverit, recitaverit, subjecerit ; quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est (quod etiam in lege de sicariis et veneficis servatur) ; in liberos vero, deportatio.

8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam vel sine armis commiserint : sed si quidem armata vis redarguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur ; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur.

Sin autem per vim raptus virginis vel viduæ vel sanctimonialis vel alterius fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostræ constitutionis definitionem ex qua hoc apertius est scire.

9. Item lex Julia peculatus eos punit, qui pecuniam vel rem publicam vel sacram vel religiosam furati fuerint.

ments, et ne jouira ni de l'air pendant le temps qui lui reste à vivre, ni de la terre après sa mort.

Celui qui tue d'autres parents ou alliés, subit la peine établie par la loi Cornélia contre les sicaires.

7. La loi Cornélia sur le faux, autrement dite testamentaire, punit celui qui, sciemment et de mauvaise foi, a écrit, cacheté, lu ou substitué, soit un testament, soit un autre acte faux ; et celui qui a fait, gravé ou empreint un cachet faux. Cette loi inflige aux esclaves la peine du dernier supplice, qui est aussi prononcée par la loi contre les sicaires et les empoisonneurs, et aux hommes libres la déportation.

8. La loi Julia sur la violence publique ou privée sévit contre ceux qui font violence avec ou sans armes. En cas de violence à main armée, la loi Julia sur la violence publique inflige la déportation ; et en cas de violence sans armes, la confiscation du tiers des biens.

Lorsqu'une fille, une veuve, une religieuse ou toute autre femme a été enlevée de force, les ravisseurs et ceux qui ont coopéré au crime sont punis de mort, suivant la décision de notre constitution, dont la lecture fournira de plus amples détails.

9. La loi Julia sur le péculat punit ceux qui ont volé les deniers publics, une chose publique, sacrée ou religieuse.

Les magistrats qui, pendant la durée de leur administration, ont soustrait les deniers publics, sont punis de la peine capitale qui s'étend non seulement à eux, mais aussi à quiconque leur a prêté son ministère, ou a sciemment reçu les sommes par eux soustraites. Toute autre personne qui tombe dans le cas prévu par cette loi encourt la déportation.

Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniantur; et non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint pœnæ deportationis subjugantur.

10. Appartient aussi aux instances publiques la loi Fabia sur les plagiaires; elle inflige tantôt la peine capitale, conformément aux constitutions des princes, tantôt une peine plus légère.

10. Est et inter publica judicia lex Fabia de plagiariis quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

11. Appartiennent encore aux instances publiques : la loi Julia sur la brigue, la loi Julia sur les concussions, la loi Julia sur les vivres, la loi Julia sur les débets. Ces lois s'appliquent à certains cas spéciaux, et, sans emporter la peine de mort, soumettent à d'autres peines ceux qui ont négligé leurs dispositions.

11. Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, lex Julia de annona, et lex Julia de residuis : quæ de certis capitulis loquuntur, et animæ quidem amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos subjiciunt qui præcepta earum neglexerint.

12. Dans cet exposé des instances publiques, nous n'avons voulu vous en donner qu'une esquisse, comme pour les indiquer. Du reste, vous en acquerrez, avec l'aide de Dieu, une connaissance plus exacte, dans les développements que présentent le Digeste ou les Pandectes.

12. Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito et quasi per indicem ea tetigisse: alioquin diligentior eorum scientia vobis ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio adventura est.

EXPLICATION.

§ I.

1386. Parmi les procès criminels, on appelle *publica judicia* ceux qu'une loi spéciale a déclarés tels [1], en instituant

[1] *Macer., fr. 1, h. t.; fr. 3, de precar.*

pour l'avenir une juridiction permanente contre certains crimes [1].

On les nomme *publica*, parce que le droit d'accuser et de poursuivre appartient, du moins en règle générale (*plerumque*), à toute personne, *cuivis ex populo* [2], qui n'est pas formellement exceptée, comme le sont notamment les femmes et les pupilles, dans tous les cas où le fait ne les intéresse pas directement [3].

C'est dans le même sens que les actions populaires [1168] prennent quelquefois aussi le nom d'actions publiques [4].

PR. et § XII.

1387. On concevra facilement qu'il existe, pour les *publica judicia*, une procédure spéciale qui n'admet point les actions [5], c'est-à-dire les formules dont nous avons parlé précédemment [1172], quoique le mot *actio* et le verbe *agere* ne soient pas inusités dans cette matière [6].

1388. Malgré la promesse de Justinien, ses Pandectes ne donnent aucun détail sur l'ancienne procédure, réglée, en grande partie du moins, par une loi Julia dite *publicorum judiciorum* [7], et portée sous le règne d'Auguste, en 729. Paul [8] nous apprend que, de son temps, les anciennes formes étaient tombées en désuétude, en sorte que les *judicia publica* se jugeaient *extra ordinem*, quoique l'on continuât d'appliquer les peines primitivement établies par les lois, peines qui ont été presque toutes modifiées et aggravées.

§ II.

Consultez à cet égard Brisson [9], et surtout Sigonius [10].

1389. Dans le langage ordinaire, toute condamnation qui blesse l'honneur et attaque la considération des personnes est capitale, du moins d'après l'acception latine du mot *capitalis ;* mais, dans le langage judiciaire, il n'y a de peine capitale que celle qui fait perdre au condamné la vie (*ultimo supplicio*), la liberté, *metallo* [69], ou tout au moins les droits et le titre de citoyen, *aquæ et ignis interdictione vel deportatione* [11]. Les

(1) *Sigon., de judic., liv. 2, cap. 4.*—(2) *Text. hic.* V. *Ulp. fr. 43, § 10, de rit. nupt.; Modest. fr. 30, § 1, de l. c. de fals.; Constant. C. 30, ad l. j. de adult.*—(3) *Macer., Paul. et Hermog. fr. 8, 9 et 10, de adult.*—(4) *Paul. fr. 30, § 3, de jurejur.*—(5) *Pr., h. t.* — (6) *Ulp. fr. 5, si ex noxal. caus.; Paul. fr. 12; Pap. fr. 10; Macer. fr. 15, § 3, ad. sc. turpil.* — (7) *Paul fr. 4, de testib.; fr. 3, de accusat.* — (8) *Fr. 1, h. t.*— (9) *Select. ex jur. civ. antiq., lib. 2, cap. 1.* — (10) *De judic., lib. 2.*— (11) *Text. hic; Modest. fr. 103, de verb. signif.* V. 191.

autres peines, et la relégation elle-même, ne sont pas capitales, parce qu'elles ne privent pas la cité d'une tête ([1]), c'est-à-dire d'un citoyen.

Remarquez cette locution, *cetera si quam infamiam irrogant*, etc., locution doublement inexacte; car d'un côté, plusieurs *judicia* dont nous avons parlé précédemment [1371] sont infamants sans être *publica*, et d'un autre côté, la condamnation résultant des *publica judicia* est toujours infamante ([2]).

§ III.

1390. Pour énumérer les *publica judicia*, Justinien cite directement les lois qui les ont établis (*publica sunt hœc : lex Julia*, etc.), comme s'il confondait le JUDICIUM avec la loi qui l'a constitué, l'effet avec la cause ([3]).

Les attentats contre le prince ou contre l'Etat ont été punis par différentes lois, notamment par la loi des Douze Tables ([4]), et en dernier lieu par la loi Julia, dite MAJESTATIS, qui paraît avoir été proposée par Jules César. A l'interdiction du feu et de l'eau, seule peine infligée par cette loi ([5]), on a substitué, sous Tibère, la peine de mort dont parle notre texte. Elle est encourue par ceux qui, sans avoir consommé l'attentat, ont essayé de le commettre (*moliti sunt*); car l'intention et le fait sont punis avec la même sévérité ([6]), ce qui paraît établi comme règle générale pour tous les crimes [1395].

1391. Il en est autrement de cette seconde décision qui, après le décès du coupable, permet de condamner sa mémoire ([7]). C'est une exception au principe général, que la mort éteint la poursuite criminelle ([8]), exception appliquée limitativement, sous Marc-Aurèle (*a*), au crime qualifié PERDUELLIO. On appelle ainsi, à cause du vieux mot *perduellis* qui désignait ceux qu'a désignés plus tard le mot *hostis*, c'est-à-dire ceux qui agissent contre leur patrie en ennemis déclarés, notamment les traîtres et les transfuges ([9]). Dans tout autre cas, quoiqu'il y ait crime de lèse-majesté puni par la loi Julia, la mort du coupable éteint les poursuites ([10]).

([1]) *Paul. fr.* 2, *h. t.*—([2]) *Macer. fr.* 7, *h. t.*—([3]) *Macer., fr.* 1, *h. t.* — ([4]) *Marcian. fr.* 3, *ad. l. j. de adult.* V. *Pothier*, 48 *pand.* 4, *n*° 1.— ([5]) *Paul.* 5 *sent.* 29, § 1. — ([6]) *Arcad. et Honor. C.* 5, *ad majest.* — ([7]) *Text. hic*; § 5, *de her. quœ ab. intest.* — ([8]) *Ulp. fr.* 11, *ad. l. j. majest.*; *Marcian. fr.* 1, § 4, *de requir. vel abs.*; *Paul. fr.* 20, *de pœn.*— ([9]) *Pothier*, 48 *pand.* 4, *n*os 2, 3 et 4.— ([10]) *Ulp. d. fr.* 11, *ad. l. j. majest.*

(*a*) Voyez au Code (*lib.* 9, *tit.* 8) trois décisions qui terminent le titre *ad leg. Jul. majest.*

§ IV.

1392. La loi Julia contre l'adultère, *de adulteriis coercendis*, la même qui prohibe l'aliénation du fonds dotal [499], a été portée sous le règne d'Auguste ([1]), l'an de Rome 736 ou 737. Cette loi statue notamment sur l'adultère proprement dit, sur une débauche que les expressions du texte et l'épithète *nefanda* désignent suffisamment, enfin sur le *stuprum*. On appelle ainsi le commerce qu'un homme entretient, en dehors des noces ou du *concubinatus*, avec une femme libre, célibataire ou veuve ([2]) lorsque celle-ci vit honnêtement (*honeste viventem*), en ce sens que ses mœurs ne la rendent pas indigne du titre de *materfamilias* (*a*), par opposition aux femmes esclaves ou de mauvaise vie, femmes dont la fréquentation reste impunie ([3]). On suppose ici un *stuprum* sans violence (*sine vi*), pour ne pas tomber dans le cas d'une autre loi Julia, dont Justinien s'occupe un peu plus loin [1399].

1393. La peine de mort infligée au complice de la femme adultère (*temeratores alienarum nuptiarum*) et à la femme elle-même ([4]), ne l'a point été, comme le dit ici Justinien, par la loi Julia, mais par une constitution de Constantin (*b*). Auguste s'était contenté de confisquer le tiers des biens de la femme et la moitié des biens de son complice, en reléguant l'un et l'autre dans deux îles différentes ([5]).

Justinien, dans ses Novelles ([6]), a conservé contre l'homme

([1]) *Ulp. fr.* 1, *ad. l. j. de adult.* — ([2]) *Modest. fr.* 34, *eod.*; *fr.* 101, *de verb. signif.* — ([3]) *Paul.* 2 *sent.* 26, § 16. — ([4]) *Alex. C.* 9, *ad. l. j. de adult.* — ([5]) *Paul.* 2 *sent.* 26, § 14 ; *Marcian. fr.* 5, *de quæst.* — ([6]) *Nov.* 134, *cap.* 10.

(*a*) On appelle ici *materfamilias* toute femme de bonnes mœurs, sans distinguer si elle est célibataire, mariée ou veuve (*Ulp. fr.* 48, § 1, *de verb. sign.*; V. *Pap. fr.* 40, *ad. l. j. de adult.*). Quelquefois le même titre désigne plus spécialement une femme jouissant d'une considération bien établie, *notæ auctoritatis feminam* (*Ulp. fr.* 3, § 6, *de liber. exhib.*). Dans une autre acception *materfamilias* est l'opposé de *filiafamilias* et le corrélatif de *paterfamilias* : ce mot désigne alors une femme *sui juris* (*Ulp. fr.* 4, *de his qui sui jur.*; *fr.* 1, § 1, *ad. sc. tertull.*; *Afric. fr.* 34, *solut. matr.*). Enfin Cicéron (*in topic.*) donne le titre d'*uxor* à toutes les femmes mariées *justis nuptiis*, et celui de *materfamilias* à celles qui se trouvent *in manu* [206].

(*b*) *Constant. C.* 40, § 1, *ad l. j. de adult.*; *nov.* 134, *cap.* 10. Pour que la paix des ménages ne fût pas inconsidérément troublée par les étrangers qui voudraient accuser une femme d'adultère, Constantin (*d. C.* 30, *pr.*) n'a conservé le droit d'accuser qu'au mari et à ses plus proches parents, c'est-à-dire à son père, à son frère et à ses oncles paternels ou maternels.

la peine de mort. Quant à la femme, l'empereur veut qu'elle soit rasée et enfermée dans un monastère où elle restera toute sa vie, si son mari ne l'a pas reprise de son vivant, et au plus tard dans le délai de deux ans.

On ne sait pas précisément quelle peine la loi Julia avait portée contre ceux dont la débauche s'exerce *cum masculis.* Paul [1] nous les montre soumis, dès le troisième siècle, à une peine capitale, mais dans un cas particulier qui aggrave le crime. Une constitution de Théodose les condamne à périr dans les flammes. Justinien a préféré la peine du glaive établie par Constantin [2].

Quant à la punition du *stuprum*, rien ne confirme ni ne dément les dispositions que notre texte attribue à la loi Julia.

§ V.

1394. La loi Cornélia, proposée par Cornélius Sylla, l'an de Rome 672 ou 673, la première ou la seconde année de sa dictature, punit ceux qui ont tué un homme, et même ceux qui, pour le tuer, portent un projectile quelconque (*telum*); elle punit également ceux qui donnent la mort par le poison (*venenis*) ou par des enchantements (*susurris magicis*) et ceux qui vendent publiquement des substances vénéneuses (*mala medicamenta*). Aussi cette loi est-elle intitulée DE SICARIIS ET VENEFICIS [3], ou quelquefois DE SICARIIS seulement [4]; ce titre la distingue d'une autre loi Cornélia dont s'occupe le § 7.

1395. La loi ne punit pas ceux qui ont tué sans le vouloir; mais en sens inverse ceux qui, sans avoir causé la mort, ont voulu la donner et se sont préparés au meurtre *cum telo ambulant*), sont punis, parce qu'en général on considère moins le résultat que l'intention : *consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est* [5]. Cette règle, que les anciens jurisconsultes n'appliquaient point aux délits privés [1127], paraît générale pour tous les crimes [6]; toutefois on ne punit jamais la mauvaise pensée que l'homme peut concevoir et qu'il renferme en lui-même [7]; mais la volonté devient criminelle et punissable lorsqu'elle se manifeste par des préparatifs et des

(1) 2 *sent.* 26, § 12. — (2) *C.* 31, *ad. l. j. de adult.*— (3) *Marcian. fr.* 1; *fr.* 3, *pr.* et § 5, *ad. l. c. de sicar.* — (4) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 4, *eod.*— (5) *Paul.* 5 *sent.* 23; § 3; *fr.* 7; *Marcian. fr.* 1, § 3, *ad l. c. de sicar.* — (6) *Callistr. fr.* 14, *eod.* — (7) *Ulp. fr.* 18, *de pœn.*

tentatives dont l'effet manque par cas fortuit, *cum id casu aliquo perpetrare non potuerit* ([1]).

Quoi que dise notre texte, la loi Cornélia n'infligeait pas la peine de mort, mais seulement la déportation ou plutôt l'interdiction du feu et de l'eau. Cependant la peine de mort existait déjà du temps de Paul ([2]) et d'Ulpien ([3]).

§ VI.

1396. PARRICIDIUM ou *paris cædes* signifiait primitivement le meurtre d'un homme par son semblable, et devenait alors synonyme d'homicide ([4]). D'après une autre étymologie (*patris* ou *parentis cædes*), ce mot, pris dans une acception beaucoup plus étroite, a désigné plus tard le meurtre d'un ascendant quelconque. Dans ce dernier sens, le parricide est devenu l'objet d'une disposition spéciale dans la loi Cornélia *de sicariis* ([5]). La loi Pompéia, portée en 701, sous le consulat de Cn. Pompée, a étendu cette disposition au meurtre des père, mère et aïeux, des frère, sœur, oncle, tante, cousin et cousine, au meurtre d'un conjoint, d'un gendre, et en général d'un allié en ligne directe au premier degré, enfin au meurtre des patron et patronne ([6]).

Le père, meurtrier de ses enfants, n'est pas compris dans cette énumération, peut-être à cause du droit de vie et de mort qui résultait anciennement de la puissance paternelle; mais la loi a été appliquée au meurtre des enfants par la mère ou par un aïeul ([7]), qui n'a point la puissance paternelle.

1397. Le coupable, dans ces différents cas, a toujours été puni de mort; cependant le supplice que détaille notre texte ne vengeait que le parricide proprement dit, c'est-à-dire le meurtre des père, mère ou aïeux ([8]). Ce supplice, usité chez les anciens Romains pour différents crimes, fut ensuite réservé aux parricides, sans leur être ni constamment ni exclusivement infligé ([9]), jusqu'au moment où il fut rétabli par Constantin ([10]), qui punit le meurtre des enfants par le père comme celui du père par les enfants.

([1]) *Paul. loc. cit.* — ([2]) 5 *sent.* 23, § 1. — ([3]) *Collat. leg. mosaic., tit.* 12, § 5. V. *Marcian. fr.* 3, § 5; *Modest. fr.* 16, *ad. l. c. de sicar.* — ([4]) *Festus, v° parricid.* V. *Pomp. fr.* 2, § 23, *de orig. jur.* — ([5]) *Pomp. d. fr.* 2, § 32. — ([6]) *Marcian. fr.* 1, 3 *et* 4, *de l. p. de parricid.* — ([7]) *Marcian. d. fr.* 1. — ([8]) *Modest. fr.* 9, *pr. et* § 1, *eod.* — ([9]) *Paul.* 5 *sent.* 24; *Modest. d. fr.* 9, § 1. — ([10]) *C.* 1, *de his, qui par. vel lib.*

La peine s'étend jusqu'aux étrangers qui aident à commettre le crime (*cujus dolo malo id factum est*) ou qui s'en rendent complices (*conscii*) en y prenant une part quelconque ([1]); car la simple connaissance du projet n'entraîne, contre ceux qui ne l'ont pas révélé, que la relégation ([2]).

§ VII.

1398. La loi Cornélia *de falsis*, portée en 673, est aussi appelée *testamentaria*, parce qu'elle ne s'appliquait qu'aux testaments. Cependant Justinien dit expressément que la loi punit le faux commis dans un écrit quelconque, *testamentum vel aliud instrumentum falsum* ([3]), parce qu'en effet les dispositions de la loi Cornélia sur les testaments ont été étendues aux autres actes, et notamment aux codicilles, par le sénatus-consulte Libonien porté sous le règne de Tibère ou de Claude ([4]). La loi Cornélia punissait aussi le crime de fausse monnaie ([5]), et de là vient que Cicéron l'appelle TESTAMENTARIA, NUMMARIA.

La peine indiquée par notre texte, et la distinction qu'il établit d'après la condition du coupable, paraissent appartenir véritablement à la loi Cornélia ([6]).

§ VIII.

1399. La loi Julia contre la violence (*de vi publica aut privata*) est-elle de César ou d'Auguste? A-t-il existé deux lois distinctes, l'une sur la violence publique, l'autre sur la violence privée? On l'ignore; mais il est certain qu'antérieurement il avait été porté deux autres lois sur le même sujet, savoir, la loi Plautia, en vertu de laquelle fut poursuivi Catilina, et une loi proposée par Pompée, à laquelle se réfère le plaidoyer de Cicéron *pro Milone*.

Entre la violence publique et la violence privée, la distinction résulte, suivant Justinien ([7]), de cette circonstance que l'une est commise à main armée, et l'autre sans armes. Les

([1]) *Ulp. fr.* 6 *et* 7, *de l. p. de parricid.* V. *fr.* 10, § 2, *quæ in fraud.* — ([2]) *Scævol. fr.* 2, *de l. p. de parricid.* — ([3]) *Text. hic.* V. *Paul.* 5 *sent.* 25, § 1. — ([4]) *Ulp. collat. leg. mosaic., tit.* 8, § 6. — ([5]) *Ulp. fr.* 9, *pr.*, §§ 1 *et* 2, *de l. c. de fals.; Paul.* 5 *sent.* 25, § 1. — ([6]) *Marcian. fr.* 1, § 13, *de l. c. de fals.; Paul. loc. cit.* — ([7]) *Text. hic; § 6, de interd.*

anciens textes semblent distinguer, au contraire, si la violence blesse l'ordre public ou des intérêts privés ([1]).

Justinien conserve ici les peines établies par la loi Julia ([2]), malgré la constitution de Constantin ([3]) qui avait remplacé la déportation par la peine de mort, peine que Justinien conserve seulement pour crime de rapt commis envers une femme mariée, célibataire ou veuve, libre ou esclave d'autrui ([4]).

§ IX.

1400. On appelle péculat le vol des deniers publics, des objets sacrés ou religieux, vol puni par une loi de César ou d'Auguste, dite Julia *peculatus et de sacrilegis et de residuis* ([5]).

Le pillage et l'enlèvement des objets sacrés appartenant à l'Etat se nomme sacrilége. Sous Alexandre Sévère, ce crime était puni de mort ([6]).

Les comptables qui retiennent indûment les deniers publics par eux perçus sont soumis à la loi Julia *residuorum*, qui les oblige à payer un tiers en sus de la somme dont ils restaient débiteurs ([7]).

1401. Quant au péculat, la loi Julia le réprimait par une peine pécuniaire du quadruple ([8]), remplacée dès le temps d'Ulpien ([9]) par la déportation, que Justinien conserve contre toute personne, excepté les fonctionnaires publics (*judices*), qui commettent un péculat pendant la durée de leurs fonctions. Eux et leurs complices, et quiconque a sciemment reçu les deniers par eux soustraits, restent soumis à la peine capitale, c'est-à-dire à la peine de mort établie sous Théodose ([10]).

§ X.

1402. La loi Fabia ou Favia, dont on ignore l'âge et l'auteur, quoiqu'elle existât du temps de Cicéron, punit les plagiaires, c'est-à-dire ceux qui, sciemment et de mauvaise foi, recèlent, vendent, achètent, mettent ou tiennent dans les fers

([1]) *Paul.* 5 *sent.* 26, §§ 1 *et* 3 ; *fr.* 12, *ad l. j. de vi publ.; Marcian. fr.* 8 ; *Ulp. fr.* 7 *et* 10, *eod.; fr.* 2, §§ 1 *et* 2, *de vi bon. rapt.* — ([2]) *Ulp. fr.* 10, § 2, *ad l. j. de vi publ.; Marcian. fr.* 1, *ad. l. j. de vi priv.* — ([3]) *C.* 6, *ad l. j. de vi publ. vel priv.* — ([4]) *Text. hic; C. de rapt. virgin.* — ([5]) *Digest. lib.* 48, *tit.* 13. — ([6]) *Paul. fr.* 9, *pr. et* § 1 ; *Marcian. fr.* 5, *ad. l. j. pecul.* — ([7]) *Marcian. fr.* 4, §§ 3, 4 *et* 5 ; *Paul. fr.* 2 ; *fr.* 9, § 6, *eod.* — ([8]) *Paul.* 5 *sent.* 21 ; *Hermog. fr.* 46, § 9, *de jur. fisc.* — ([9]) *Fr.* 3, *ad l. j. peculat.* — ([10]) *Text. hic; Honor. Theod. et Arcad. C. de crim. pecul.; Grat. Valent. et Theod. C.* 5, *C. Th., ad. l. j. repetund.*

un citoyen romain, ingénu ou affranchi, et même l'esclave d'autrui (1).

Cette loi infligeait une peine pécuniaire que les constitutions ont remplacée, dès le temps de Paul (2), par des peines capitales ou par la relégation, suivant la condition du coupable. Telle est probablement la distinction à laquelle se réfère ici Justinien, quoiqu'il ait conservé plusieurs constitutions de ses prédécesseurs, qui infligent la peine de mort sans distinction (3).

§ XI.

1403. Nous avons déjà parlé de la loi Julia *de residuis* [1400].

AMBITUS est le crime des ambitieux qui répandent l'argent pour briguer les fonctions publiques. Depuis l'an de Rome 322, des lois nombreuses ont été portées sur cette matière ; la dernière de toutes est la loi Julia, présentée par Auguste. La peine, qui est ordinairement de cent pièces d'or (4), s'élève quelquefois jusqu'à la déportation (5).

Les lois *de ambitu* ont été nécessaires sous la république, et tant que les magistrats furent élus par le peuple. Depuis qu'ils ont été nommés par le prince, la loi Julia s'est trouvée sans application IN CIVITATE ; mais la répression fut encore utile dans les villes municipales, IN MUNICIPIO (6).

1404. D'après la loi Julia *repetundarum*, portée par César dans son premier consulat, le fonctionnaire public qui, pour remplir ou, au contraire, pour ne pas remplir son devoir en tout ou en partie, a reçu quelques valeurs (7), doit être condamné au quadruple (8), et quelquefois subir la déportation ou même la mort, suivant la gravité du crime (9).

ANNONA signifie le froment et par extension tous les vivres. La loi Julia *de annona* impose une amende de vingt sols d'or à quiconque en fait hausser le prix (10).

(1) *Paul.* 5 *sent.* 30, § 1 ; *Ulp. Collat. leg. mosaic. tit.* 14, § 3 ; *fr.* 1 ; *Hermog. fr.* 6, § 2, *de leg. fab.* — (2) 5 *sent.* 30, § 1. — (3) *Diocl. et Max. C.* 7 ; *Constant. C.* 16, *ad l. f. de plag.* — (4) *Modest. fr.* 1, § 1, *de l. j. de ambit.* — (5) *Paul.* 5 *sent.* 30, V. *Arcad. et Honor. C. ad l. j. de ambit.* — (6) *Modest. fr.* 1 ; *pr. et* § 1, *de l. j. ambit.* (7) *Marcian. fr.* 1 ; *Macer. fr.* 3 ; *Venul. fr.* 4, *de l. j. repetund.* — (8) *Gratian. et Valent. C.* 1 ; *Theod. et Valent. C.* 6, *ad. l. j. repetund.* — (9) *Paul.* 5 *sent.* 28 ; *Macer. fr.* 7, § 3, *de l. j. repet.* — (10) *Ulp. fr.* 2, *pr.*, §§ 1 *et* 2, *de l. j. de annon.*

FIN.

